

# ANALYSEN UND BERICHTE

## 10 Jahre brasilianische Bundesverfassung: Rechtsdogmatische und rechtsssoziologische Aspekte der Entwicklung des Grundrechtsschutzes

Von *Andreas Krell*

### 1. Die aktuelle Diskussion über Grund- und Menschenrechte in Brasilien

Die aktuelle juristische Diskussion über Funktion, Auslegung und Anwendung der im Text der Brasilianischen Bundesverfassung vom 5. Oktober 1988<sup>1</sup> so zahlreich und inhaltlich weitgehend verbürgten Grundrechte ist so vielfältig, daß Ziel dieses Artikels nicht sein kann, die zahlreichen Beiträge der Lehre und Entscheidungen der Rechtsprechung Brasiliens zu den einzelnen Grundrechten wiederzugeben. Vielmehr sollen lediglich die wichtigsten Probleme und Entwicklungen dargestellt werden. Bei der Analyse der dogmatischen Funktion und der sozialen Effizienz der einzelnen Grundrechte, die sich in ihrer Formulierung stark an die Verfassungen europäischer Staaten (besonders Portugal, Spanien und Deutschland) anlehnen, ist dabei stets zu bedenken, daß dieselben juristischen Texte und Verfahren ganz anders wirken können, je nachdem, ob sie in entwickelten oder unterentwickelten (peripheren) Gesellschaften eingesetzt werden<sup>2</sup>.

Die Bundesverfassung von 1988 wurde von der brasilianischen Gesellschaft als Wendepunkt angesehen, als Markstein der Rückkehr zur Demokratie nach über zwanzigjähriger Militärdiktatur (1964-85), während der die Bürgerrechte stark eingeschränkt worden waren<sup>3</sup>. So ist die jüngere Geschichte des Landes sowie ganz Lateinamerikas immer noch

<sup>1</sup> Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 5.10.1988 (Coleção Saraiva de legislação), 19. ed., São Paulo 1988 (Alle Zitate sind vom Autor frei ins Deutsche übersetzt).

<sup>2</sup> Vgl. *João Maurício L. Adeodato*, Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder, in: Rechtstheorie n° 22, 1991, S. 108 ff., 125.

<sup>3</sup> Der Prozeß ihrer Ausarbeitung durch die Verfassunggebende Versammlung (*Assembléia Nacional Constituinte*) von 1986-88 gestaltete sich komplex und war auch in der Öffentlichkeit politisch umkämpft, nicht zuletzt wegen tausender Vorschläge aus der Zivilgesellschaft, die in langwierigen Sitzungen der Kommissionen begutachtet wurden, letztlich jedoch nur wenig Einfluß auf die Aus-

geprägt von der Übermacht der Exekutive, der ständigen Bedrohung der richterlichen Freiheit, kasuistischen Verfassungsreformen und der allgemeinen institutionellen Instabilität<sup>4</sup>. Schutz und Verwirklichung von Grundrechten sind in Brasilien deswegen aus einem anderen Blickwinkel zu sehen als in Westeuropa. Die meisten Beiträge der wissenschaftlichen Literatur des Landes behandeln das Thema Grund- und Menschenrechte (*direitos humanos / fundamentais*) vom historischen und sozio-politischen Blickwinkel her<sup>5</sup>, dokumentieren Beispiele der permanenten Menschenrechtsverletzungen der staatlichen Polizeigewalt gegenüber Personen aus den marginalisierten Gruppen der Bevölkerung (z.B. Favela-Bewohner, Straßenkinder, Strafgefangene) und diskutieren mögliche Gegenmaßnahmen durch Organisationen der Zivilgesellschaft wie Menschenrechtskomitees, Aktionen von Amnesty International, der Nationalen Rechtsanwaltskammer, sowie die prozessualen Beschwerdemöglichkeiten auf nationaler und besonders auch der internationalen Ebene<sup>6</sup>. So ist die aktuelle Grundrechtsdebatte einerseits beherrscht von der Kritik der Ineffizienz der juristischen Verfassungsordnung bei der Erfüllung ihrer Aufgabe, die konstante Anwendung von Gewalt und Willkür auf allen Ebenen des Staatsapparates zu hemmen. Auf der anderen Seite bewegt sich die Diskussion über die Probleme der Durchsetzung der klassischen zivilen Bürgerrechte und sozialen Grundrechte und Grundgarantien innerhalb der Rechtsordnung<sup>7</sup>. Im Bereich der sozialen Grundrechte behandeln viele Autoren die politischen, ökonomischen und sozialen Gründe für die Ineffizienz der staatlichen Sozialpolitiken (Gesundheit, Bildung, Arbeit, Renten, Wohnungsbau)<sup>8</sup>.

Dagegen wird der Staat in Brasilien seit der Rückkehr zur Demokratie weniger als allgegenwärtige "Machtzentrale" empfunden, welche in die Freiheitssphäre ihrer Bürger einzugreifen tendiert. Hoheitliche Maßnahmen wie Volkszählung, maschinenlesbarer Personalausweis, Fragebögen über Einkommen, Krankheiten, Steuernummer, usw. werden in Brasilien (noch) wesentlich weniger in Frage gestellt als bspw. in Deutschland, was sich jedoch

gestaltung des Endtextes hatten; vgl. dazu: *Stéphane Montclaire (Coord.)*, *A Constituição Desejada*, Brasília 1991.

<sup>4</sup> *Anna C. da Cunha Ferraz*, *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo 1986, p. 133s; *Fábio Konder Comparato*, *Os Problemas Fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos*, in: *Teses da XII Conferência Nacional da OAB*, Porto Alegre, 1988.

<sup>5</sup> *Hélio Bicudo*, *Direitos Humanos e sua proteção*, São Paulo 1997; *Guilherme B. Peña de Moraes*, *Dos Direitos Fundamentais – contribuição para uma teoria*, São Paulo 1997; *Celso Lafer*, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo vcom o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo 1988.

<sup>6</sup> Vgl. dazu die verschiedenen Beiträge im Band *Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Serie *Pesquisas* nº 11, Konrad-Adenauer-Stiftung, São Paulo 1998; ebenso *Rogerio G. Leal*, *Direitos Humanos no Brasil – Desafios à Democracia*, Porto Alegre 1997; *Júlio Marino de Carvalho*, *Os Direitos Humanos no tempo e no espaço*, Brasília 1998.

<sup>7</sup> Vgl. *Oscar Vilhena Vieira*, *Sociedade x Estado*, Revista da Universidade de São Paulo, maio 1991, p. 90s.

<sup>8</sup> Vgl. *Paulo Martinez*, *Constituição: Legalidade versus Realidade*, São Paulo 1991, p. 39ss.

bei einer Steigerung der staatlichen Kontrolldichte ändern dürfte. Weit schwerwiegender sind dagegen von den Brasilianern der Mittelschicht im vergangenen Jahrzehnt die Eingriffe der Regierung in das Privateigentum empfunden worden, besonders aufgrund der Maßnahmen im Zuge der verschiedenen "Wirtschaftspläne" in der Zeit der extrem hohen Inflationsraten zwischen 1985 und 1994.

## 2. Die Grundrechte in der brasilianischen Bundesverfassung von 1988

Brasilien hat seit seiner Unabhängigkeit von Portugal im Jahre 1822 nicht weniger als acht Bundesverfassungen hervorgebracht<sup>9</sup>. Dabei gilt die "Unabhängigkeitserfassung" von 1824 als einer der ersten konstitutionellen Texte der Welt mit ausdrücklich verbürgten Grundrechten des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt. Es würde zu weit führen, alle Normen der Verfassung von 1988 aufzulisten zu wollen, die Grundrechte bzw. -garantien enthalten. Die beiden wichtigsten Artikel<sup>10</sup> 5 und 7 enthalten zusammen nicht weniger als 112 Absätze! In Artikel 5<sup>11</sup> sind vornehmlich die klassischen Menschenrechte der Verteidigung des Bürgers gegen die Staatsgewalt<sup>12</sup> aufgelistet, daneben aber auch institutionelle Garantien wie das Eigentums-<sup>13</sup> und Erbrecht. Auch finden sich unter dem Dach derselben Norm zahlreiche prozessuale Garantien<sup>14</sup> sowie Bestimmungen, deren Grundrechtscharakter sehr

<sup>9</sup> In den Jahren 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 und 1988.

<sup>10</sup> Artikel ohne weitere Angaben sind solche der Brasilianischen Bundesverfassung vom 5.10.1988.

<sup>11</sup> Artikel 5 *caput* lautet: "Alle sind gleich vor dem Gesetz, ohne Unterscheidung jedweder Natur, wobei den Brasilianern und im Land ansässigen Ausländern die Unverletzlichkeit des Rechtes auf Leben, Freiheit, Gleichheit, Sicherheit und Eigentum garantiert wird, und zwar in der folgenden Form: (...)." Darauf folgen nicht weniger als 78 Absätze!

<sup>12</sup> Gleichheit der Geschlechter (I), allgemeine, nur durch Gesetz einschränkbare Handlungsfreiheit (II), Verbot der Folter (III), freie Meinungsäußerung (IV), Erwiderungsrecht (V), Gewissens-, Glaubens- und Religionsfreiheit (VI-VIII), Freiheit von Kunst, Wissenschaft und Kommunikation (IX), Schutz von Intimsphäre, Privatleben, Ehre und eigenem Bild (X), der Wohnung (XI), des Brief- und Kommunikationsgeheimnisses (XII), Berufsfreiheit (XIII), freier Zugang zu Informationen (XIV), Freizügigkeit (XV), Versammlungsfreiheit (XVI), Vereinigungsfreiheit und ihre Einschränkung (XVII-XXI), Petitionsrecht (XXXIV) sowie das Verbot von Todesstrafe, lebenslanger Haft, Zwangsarbeit und grausamer Strafen (XLVII).

<sup>13</sup> XXII; dies hat seiner sozialen Funktion zu dienen (XXIII); Enteignungen sind nur gegen gerechte, im Voraus zu leistende Entschädigung zulässig (XXIV); der kleine Landbesitz genießt Pfändungsschutz (XXVI).

<sup>14</sup> Garantie des Rechtsweges gegen jegliche belastende Maßnahme (XXXV), des gesetzlichen Richters (LIII), Verbot von Ausnahmegerichten (XXXVII), Institution des Geschworenengerichts (XXXVIII), Prinzip *nullum crimen sine lege* (XXXIX), strafgesetzliches Rückwirkungsverbot (XL), bestimmte Rechte der Strafgefangenen (XLIX-LI) und Angeklagten (LVIII, LXI-LXVII), Garantie des fairen Verfahrens (LIV), Recht auf Verteidigung im Gerichts- und Verwaltungsverfahren (LV), Verbot der Verwendung illegal erworbener Beweismittel (LVI), Unschuldsvermutung (LVII), Öffentlichkeitsprinzip (LX), sowie die Pflicht des Staates zu Prozeßkostenbeihilfe (LXXIV) und Schadensersatz bei Justizirrtum (LXXV).

zweifelhaft ist<sup>15</sup>. Am Ende des Artikels sind die wichtigsten Rechtsmittel ausdrücklich aufgeführt.

Nach Artikel 6 "sind soziale Rechte die Bildung, die Gesundheit, die Arbeit, die Freizeit, die Sicherheit, die Sozialfürsorge, der Schutz der Mutterschaft und Kindheit, die Sozialhilfe, in der Form dieser Verfassung". In Ergänzung dazu werden im Kapitel über die Sozialordnung (Art. 193 bis 232) viele Einzelheiten und organisationelle Aspekte der Erbringung staatlicher Leistungen der Daseinsvorsorge in den Bereichen der einzelnen sozialen Grundrechte behandelt<sup>16</sup>. Der konkrete Inhalt der Rechte des Artikel 6 ist demnach erst nach der Lektüre der entsprechenden Vorschriften am Ende des Verfassungstextes verständlich. So wird das Grundrecht auf Bildung (*educação*) gleichzeitig als "Verpflichtung des Staates" (Art. 205) bezeichnet, die "Wirksamkeit erlangt über die folgenden Garantien (...)" (Art. 208), woraufhin eine Reihe von zu erreichenden Zielen aufgeführt werden<sup>17</sup>. Der Zugang zur kostenlosen Pflicht-Schulbildung wird ausdrücklich zum subjektiven Recht jedes einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt erklärt, wobei ein fehlendes oder mangelhaftes Bildungsangebot die rechtliche Verantwortung der zuständigen Körperschaft auslöst. Dagegen ist das Grundrecht auf Gesundheit verfassungsrechtlich weniger stark ausgestaltet worden, da es nach den Artikeln 196 bis 200 weder ein ausdrückliches subjektives öffentliches Recht darstellt, noch das Fehlen oder die Unzulänglichkeit seiner Erfüllung die juristische Verantwortlichkeit der entsprechenden Behörden auslösen würde. Was die Sozialfürsorge betrifft (Art. 6, 201, 202), besteht ebenfalls keine Vorschrift über ihre effektive Garantie.

Der Artikel 7 schreibt die individuellen und kollektiven Rechte der Arbeiterschaft (*trabalhadores*) fest, darunter die Garantie der Arbeitslosenversicherung (II) und Renten (XXIV), des bezahlten Urlaubs (XVII), das Verbot der Gehaltsreduzierung (VI) und der Differenzierung des Lohns oder der Auswahlkriterien wegen Geschlecht, Alter, Rasse oder

<sup>15</sup> So die Erklärung des Rassismus und von Aktionen bewaffneter ziviler oder militärischer Gruppen gegen die verfassungsrechtliche Ordnung und Demokratie zu unverjährbaren, nicht kautionsfähigen Verbrechen (XLII, XLIV) sowie Bestimmungen über Beteiligungsrechte von Autoren, Erfindern und Künstlern an ihren geistigen Schöpfungen (XXVII-XXIX). Dagegen findet die Institution der Familie mit den entsprechenden Grundrechten erst am Ende des Verfassungstextes (Artikel 226 ff.) Erwähnung.

<sup>16</sup> Gesundheit (196-200), Sozialfürsorge (201-202), Sozialhilfe (203-204), Bildung (205-214), Kultur (215-216), Sport (217), Wissenschaft und Technologie (218-219), Soziale Kommunikation (220-224), Umwelt (225), Familie, Kinder, Jugendliche, Senioren (226-230), Indianer (231); vgl. dazu: *José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed., São Paulo 1998, p. 288s.

<sup>17</sup> In diesem Bereich besteht die einzige von der Verfassung direkt vorgeschriebene Mittelverwendung: Nach Artikel 212 hat der Bund mindestens 18%, Länder und Kommunen 25% ihrer Einnahmen aus Steuern und Überweisungen für die Aufrechterhaltung und Entwicklung der Bildung auszugeben. Die Nichterfüllung dieser Pflicht kann sogar die Intervention des Bundes in den Ländern auslösen (Art. 34 VII e).

Familienstand (XXX) oder Behinderung (XXXI); außerdem werden Regeln aufgestellt über Kündigung (I, XXI), Mindestgehalt (IV), Arbeitszeiten (XIII, XIV) und vieles andere mehr<sup>18</sup>. Im Artikel 8 folgen grundlegende Bestimmungen zur Tarifautonomie, Freiheit der Gewerkschaften und deren Organisation. Die Adressaten dieser individuellen sozialen Grundrechte sind vor allem die privaten Arbeitgeber bzw. deren Verbände. Es fällt auf, daß Lehre und Rechtsprechung Brasiliens den Wirkungsbereich der Grundrechte nicht nur im Verhältnis Bürger – Staat sehen, sondern auch in den Beziehungen der privaten Akteure der Zivilgesellschaft untereinander, ohne daß dies von der Literatur bislang weiter problematisiert worden wäre<sup>19</sup>. So wurden in die Grundrechtskataloge zahlreiche "drittwirkende" Rechte aufgenommen. Ein großer Teil der in detaillierter Form garantierten Arbeitnehmerrechte sind der Spezialgesetzgebung entnommen und verfassungsrechtlich festgeschrieben worden, was auf das Mißtrauen weiter Teile der Verfassunggebenden Versammlung gegenüber zukünftigen Änderungsbestrebungen des Gesetzgebers zurückzuführen ist<sup>20</sup>.

Eine neue, dem deutschen Verfassungsrecht und Prozeßrecht noch recht fremde Kategorie sind die sog. "verteilten Rechte" (*direitos difusos*), welche keiner bestimmten Einzelperson oder Gruppe zugerechnet werden können und zu denen die Grundrechte des Verbraucherschutzes<sup>21</sup> und auf eine gesunde Umwelt<sup>22</sup> gehören. Träger dieser Rechte ist die gesamte Gesellschaft; zu ihrer Durchsetzung sind die "Popularklage" (*ação popular*, Art. 5 LXXIII) und vor allem die "öffentliche Zivilklage" (*ação civil pública*)<sup>23</sup> vorgesehen, bei deren

<sup>18</sup> Garantie des sog. "Anstellungsdauer-Garantiefonds" (III), der Lohnberechnungsbasis (*piso salarial*, V), des 13. Monatsgehalts (VIII), der Zuschläge für Nachtarbeit (IX), Überstunden (XVI) und gefährliche Arbeit (XXIII), der Versicherung gegen Arbeitsunfälle auf Kosten des Arbeitgebers (XXVIII), Beteiligung am Unternehmensgewinn (XI), ein Familiengehalt (XII), die wöchentliche Freizeit (XV), Schwangerschaftsurlaub von 120 Tagen (XVIII), Vaterschaftsurlaub (XIX), die Gebote des Schutzes des Arbeitsmarktes der Frauen (XX) und gegenüber der Automatisierung (XXVII), der Risikoreduzierung der Arbeit (XXII), Anerkennung der Tarifverträge (XXVI), Verjährungsfristen von Lohnforderungen (XXIX), Verbot der Kinderarbeit unter 14 Jahren bzw. 18 Jahren bei gefährlicher und ungesunder Tätigkeit (XXXIII).

<sup>19</sup> Vgl. Ingo W. Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre 1998, p. 333ss.

<sup>20</sup> Arion S. Romita, *Os Direitos Sociais na Constituição e outros Estudos*, São Paulo 1991, p. 13s.; Antônio R. de Freitas Júnior, *Os Direitos Sociais e a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro 1993, p. 20ss.

<sup>21</sup> Art. 5 XXXII: "Der Staat wird den Verbraucherschutz fördern, in der Form des Gesetzes."

<sup>22</sup> Artikel 225, *caput*, lautet: "Alle haben das Recht auf eine ökologisch ausgeglichene Umwelt, die ein Gut zum gemeinsamen Gebrauch des Volkes darstellt und essentiell für eine gesunde Lebensqualität ist, wobei der öffentlichen Gewalt und der Allgemeinheit die Pflicht zukommt, sie zu schützen und für die gegenwärtigen und zukünftigen Generationen zu erhalten." Es folgen Bestimmungen zur Konkretisierung der staatlichen Pflicht zum Umweltschutz, die größtenteils programmatiche, aber auch Bestimmungen mit höherer Normdichte enthalten. Obwohl im Kapitel der Sozialordnung plaziert, wird dieses Recht von der Literatur als "vollwertiges" Grundrecht angesehen; vgl. Cristiane Derani, *Direito Ambiental Econômico*, São Paulo 1997, p. 229, 256ss.

<sup>23</sup> Mit Erlass des Bundesgesetzes n° 7.347 kam es 1985 zu einer wahren prozeßrechtlichen Revolution, die unter starkem Einfluß der Lehre italienischer Juristen stand, besonders Mauro Cappel-

Erhebung die Staatsanwaltschaft (*ministério público*, Art. 129 III) des Bundes und der Länder eine Schlüsselrolle einnimmt. Es ist festzuhalten, daß gerade die sozialen Grundrechte der brasilianischen Verfassung hinsichtlich ihres Inhaltes und der Form ihrer Positivierung keine homogene Gruppe bilden<sup>24</sup>. Der Verfassungsgeber folgte bei ihrer Zusammenstellung keiner einheitlichen Linie oder bestimmten Grundrechtstheorie, sondern schuf ein äußerst widersprüchliches Kapitel, besonders was die innere Relation der einzelnen Rechte, Garantien und Bestimmungen anbelangt. Die Redaktion dieser so wichtigen Artikel wird deswegen als konfus und methodologisch mißlungen angesehen<sup>25</sup>.

### 3. Grundlinien der Grundrechtsdiskussion in Literatur und Rechtsprechung

Ein Teil der juristischen Literatur Brasiliens behandelt verstärkt die Stellung des Landes innerhalb der Verpflichtungen internationaler Verträge und Erklärungen zum Schutz der Menschenrechte im Rahmen der Vereinten Nationen und der Organisation der Amerikanischen Staaten<sup>26</sup>. Auch nach der Verfassung von 1988 hat die herrschende Rechtsprechung bislang keinen Vorrang des internationalen Rechts gegenüber nationalen Gesetzen akzeptiert, was von der neueren Lehre besonders in Bezug auf die latente Rechtsunsicherheit innerhalb der Strukturen des MERCOSUR kritisiert wird<sup>27</sup>. Der Artikel 5 § 2 macht von dieser Regel jedoch eine Ausnahme und erklärt, daß der Grundrechtskatalog der Verfassung nicht abgeschlossen ist und um die Grundrechte und -garantien zu erweitern ist, welche sich aus den von Brasilien ratifizierten internationalen Verträgen ergeben<sup>28</sup>. Insofern wurde im Bereich der Grund- und Menschenrechte ein offenes, flexibles System geschaffen, dessen Funktionieren und dessen konkrete juristische Konsequenzen jedoch noch weitgehend offen sind.

*lettis*. Inzwischen sind Tausende solcher Klagen zum Schutz der Umwelt eingelegt worden; vgl. dazu: *Andreas Krell*, Kommunaler Umweltschutz in Brasilien – juristische Rahmenbedingungen und praktische Probleme, Frankfurt a. M. 1993, S. 109ss.; *Hugo N. Mazzilli*, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo 1995.

<sup>24</sup> *Ingo W. Sarlet*, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre 1998, p. 199s.

<sup>25</sup> *Celso R. Bastos*, Direitos e garantias individuais, in: A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações, Rio de Janeiro 1988, p. 21ss.

<sup>26</sup> *Z. B. Antônio A. Cançado Trindade*, Direitos Humanos, São Paulo 1991, pp. 112ss.; *Flávia Piovesan*, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 3. ed., São Paulo 1997, p. 34ss.; *Selma R. Aragão*, Direitos Humanos – do mundo antigo ao Brasil de todos, 2.ed., Rio de Janeiro 1990, p. 75ss.

<sup>27</sup> In der Verfassunggebenden Versammlung (1986-88) scheiterten Versuche, das Land aus der Tradition des *Dualismus* zwischen nationalem und internationalem Recht hinauszuführen und ein System des gemäßigten Monismus zu etablieren; vgl. *Pedro Dallari*, Constituição e Relações Exteriores, São Paulo 1994, p. 86ss.

<sup>28</sup> Dazu eingehend *Antônio A. Cançado Trindade*, A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, in: Arquivo do Ministério de Justiça nº 182, Brasília, 1993, p. 30ss.

Es fällt auf, daß die wichtigsten Beiträge brasilianischer Autoren<sup>29</sup> der letzten Jahre zum Thema Grundrechte und deren Interpretation direkten Bezug auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung nehmen, was auch auf die Übersetzung zahlreicher Werke deutscher Staats- und Verfassungsrechtler ins Portugiesische bzw. Spanische zurückzuführen ist<sup>30</sup>. Hoch einzuschätzen ist auch der Einfluß der iberischen Autoren, die in ihren Veröffentlichungen im Zuge der Europäischen Vereinigung die deutsche Grundrechtslehre zunehmend darstellen und kommentieren<sup>31</sup>. Dabei ist festzustellen, daß das brasilianische Verfassungsrecht noch kaum eigene Linien der konkreten Grundrechtsanwendung entwickelt hat. Die nationale Rechtslehre beginnt erst langsam, die einzelnen Verfassungsbestimmungen zu analysieren und ihnen ihren dogmatischen Rang zuzuweisen. Die Anwendung der Grundrechte stellt jedoch mit Abstand das gegenwärtig am meisten diskutierte Thema in der öffentlich-rechtlichen Literatur dar.

Eine beachtliche Anzahl von Autoren<sup>32</sup> und der größte Teil der noch recht spärlichen Entscheidungen der höheren Gerichte<sup>33</sup> bezieht sich auf den Schutz der Intimsphäre und des Privatlebens des Individuums gegenüber der Staatsgewalt (Art. 5 X)<sup>34</sup>, aber auch gegenüber den privaten Medien, außerdem auf das Recht auf Information und Kommuni-

<sup>29</sup> Z. B. *Paulo Bonavides, Willis S. Guerra Filho, Ingo Wolfgang Sarlet, Marcelo Neves, Luis Roberto Barroso, Luis Afonso Heck, Gilmar Ferreira Mendes, Suzana Toledo Barros, Raquel Denize Stumm.*

<sup>30</sup> Besonders zu nennen sind: *Konrad Hesse*, *A Força Normativa da Constituição* (trad. G. Mendes), Porto Alegre 1991; *Peter Häberle*, *Hermenéutica Constitucional*, (trad. G. Mendes), Porto Alegre 1997; *Klaus Stern*, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, 1987; *Robert Alexy*, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. E. Valdés), Madrid 1993; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (trad. J. Pagés / V. Menéndez), Baden-Baden 1993; *Otto Bachof*, *Normas constitucionais inconstitucionais?* (trad. J. C. da Costa), Coimbra 1994. Größere Beachtung denn je findet auch *Carl Schmitt*, besonders mit dem Werk *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala), Madrid 1992.

<sup>31</sup> Besonderen Einfluß hat der portugiesische Verfassungsrechtler *José J. Gomes Canotilho* mit seinem Werk *Direito Constitucional* (6. ed., Coimbra 1998), dessen Lehre stark von der Konrad Hesses beeinflußt ist. Außerdem: *José C. Viera de Andrade*, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra 1987; *Jorge Miranda*, *Direito Constitucional*, Tomo IV: *Direitos Fundamentais*, Coimbra 1992.

<sup>32</sup> Z. B. *Willis S. Guerra Filho* (Coord.), *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre 1997; *José A. Leite Sampaio*, *Direito à intimidade e à vida privada*, Belo Horizonte 1998; *Rosângelo R. de Miranda*, *A proteção jurídica da vida privada*, Leme 1996; *Eveni Longo*, *Direitos humanos e a proteção dos dados pessoais*, in: *RT - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 11, 1995, pp. 176ss.

<sup>33</sup> Vgl. die kommentierte Entscheidungssammlung *A Constituição na Visão dos Tribunais – interpretação e julgados* artigo por artigo, Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região, São Paulo 1997, Tomo I, p. 14-53.

<sup>34</sup> Wörtlich: "Die Intimität, das Privatleben, die Ehre und das Bild der Personen sind unverletzlich, wobei das Recht auf Schadensersatz wegen materieller und moralischer Schäden sichergestellt ist, die sich aus deren Verletzung ergeben."

kation und das Verhältnis zwischen persönlicher Ehre und journalistischer Kritik<sup>35</sup>. Ein anderes, in Rechtsprechung und Literatur gegenwärtig kontrovers diskutiertes Thema ist der Inhalt, Umfang und die Behandlung der "erworbenen Rechte" (*direitos adquiridos*, Art. 5 XXXVI)<sup>36</sup>, die vom brasilianischen Rechtssystem traditionell stark geschützt und deren Reichweite besonders im Zuge der aktuellen Reform des Sozialfürsorgesystems diskutiert werden<sup>37</sup>.

#### 4. Interpretation der Grundrechte – Überwindung des Formalismus

Auch in Brasilien enthalten die verfassungsrechtlichen Grundrechtsnormen unbestimmte Begriffe, die von Natur aus abstrakt-vieldeutige, wertgebundene Formeln darstellen, zu deren angemessener Interpretation die traditionellen Methoden der juristischen Hermeneutik nicht ausreichen und deren Inhalt eng an den Kontext der sozio-ökonomischen und politischen Realität und die kulturelle Entwicklung der jeweiligen Gesellschaft angebunden ist. Wohl das größte Hindernis für einen effektiveren Grundrechtsschutz ist die schwerfällige, überholte Einstellung zur Verfassungsinterpretation, die ihre Basis im immer noch stark verbreiteten juristischen *Formalismus* findet, der besonders in der Zeit der Militärdiktatur eine ganze Generation von Juristen beherrscht hat und dessen Erbe bis heute in der Art der Argumentation und Gedankenführung von großen Teilen der brasilianischen Rechtsprechung und Lehre spürbar ist<sup>38</sup>. Diese traditionelle Grundeinstellung konzentrierte sich fast ausschließlich auf die logisch-formellen Aspekte der Rechtsauslegung und ließ kaum einen Einfluß wertender Gesichtspunkte der materiellen Gerechtigkeit zu<sup>39</sup>. Der brasilianische Jurist ist "von Hause aus" (noch) nicht daran gewöhnt, den materiellen Inhalt von Rechtsnormen oder Verwaltungsakten zu hinterfragen. Faria behauptet, viele brasilianische

<sup>35</sup> Z. B. *Aluizio Ferreira*, *Direito à Informação – Direito à Comunicação*, São Paulo 1997; *Pedro Frederico Caldas*, *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, São Paulo, 1997; *Vidal Serrano*, *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, São Paulo 1997.

<sup>36</sup> "Das Gesetz wird das erworbene Recht, den abgeschlossenen Rechtsakt und die rechtskräftige Entscheidung nicht beeinträchtigen." *Direito adquirido* kann auch als "Anwartschaftsrecht" über-setzt werden.

<sup>37</sup> Vgl. Oberster Bundesgerichtshof (STF), in: *Revista dos Tribunais*, n° 746, 1997, p. 176s.; *José Afonso da Silva*, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed., São Paulo 1998, p. 434s.

<sup>38</sup> João M. Adeodato spricht von einer unter den Juristen Brasiliens vorherrschenden, übertrieben formalistischen und konservativen Konzentrierung auf rein dogmatische Fragen, welche sich, trotz der offensichtlich dahinter stehenden wissenschaftlichen Inkompétenz, in der Praxis der Gerichte und Rechtsfakultäten als durchaus effizient erwiesen habe, besonders zur Durchsetzung der eigenen unmittelbaren Interessen; vgl. *João M. Adeodato*, *O Sério e o Jocoso em Jhering*, in: *J. M. Adeodato (Org.)*, *Jhering e o Direito no Brasil*, Recife 1996, p. 87.

<sup>39</sup> *José E. Faria*, *O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico*, in: *José E. Faria (Org.)*, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, 1998, p. 12, 24.

Richter seien sich sehr wohl bewußt, daß sie entscheidungstechnisch und intellektuell nicht gerüstet sind, mit den unbestimmten Rechtsbegriffen und programmatischen Normen der Verfassung umzugehen<sup>40</sup>. Es kann behauptet werden<sup>41</sup>, daß viele jüngere Juristen aller Berufsgruppen die Grundrechte gern verstärkt anwenden würden, dafür jedoch kaum Anleitung und Hilfestellung seitens der traditionellen verfassungsrechtlichen Literatur erhalten, die sich bis heute vor allem auf die Darstellung des historischen Hintergrundes der Erklärung und Positivierung der einzelnen Grundrechte konzentriert<sup>42</sup>. Barroso erinnert daran, daß in Lateinamerika generell stets größerer Wert auf das Studium des organischen Teiles des Verfassungsrechtes (besonders der politischen Institutionen) gelegt worden sei. Als Folge davon habe man den dogmatischen Aspekt der Funktion der Verfassung als Garantie von Rechten und Instrumenten zu deren Schutz vernachlässigt<sup>43</sup>.

Obwohl sich auch in Brasilien langsam die Einsicht durchzusetzen beginnt, daß der Sozialstaat nach einem wertorientierten Verständnis seiner Rechtsnormen verlangt<sup>44</sup>, legen die Gerichte die Verfassung noch sehr selten "im Sinne der Grundrechte" und der ihnen zugrunde liegenden Werte aus. Das in Deutschland vorherrschende Verständnis der Grundrechte als Ausdruck und Basis einer "objektiven Wertordnung", welche die gesamte Rechtsordnung imprägnieren – so bspw. die Ausübung des administrativen Ermessens und die Ausfüllung der zivilrechtlichen Generalklauseln – wird noch kaum diskutiert. Von den gängigen Grundrechtstheorien<sup>45</sup> werden deswegen in Brasilien ohne Vorbehalte die liberale und die institutionelle Theorie akzeptiert, wohingegen die vom deutschen Bundesverfassungsgericht so vertretene Theorie von den Grundrechten als objektiver Wertordnung auf Bedenken stößt. Dabei steht fest, daß "Werttheorien" jeder Art besonders auf der Basis

<sup>40</sup> *José Eduardo Faria*, As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, in: *José E. Faria (Org.)*, in: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo 1998, p. 60s.

<sup>41</sup> Der Autor machte diese Erfahrung als Dozent des Kurses "Die Grundrechte und ihre Anwendung" im Rahmen des juristischen Spezialisierungs- und Magisterprogramms der Bundesuniversität von Alagoas (UFAL), Maceió, zwischen 1996 und 1998 (insgesamt über 200 Teilnehmer).

<sup>42</sup> Z.B. *J. Cretella Júnior*, Comentários à Constituição de 1988, São Paulo 1991; *Manoel G. Ferreira Filho*, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo 1995; *Pinto Ferreira*, Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo 1989/90. Der erste brasilianische Autor, welcher auch verstärkt den materiellen Wertgehalt der Grundrechte behandelte, war *F. C. Pontes de Miranda* (1893-1979) im Werk Comentários à Constituição de 1946 (Rio de Janeiro 1947); er wird bis heute als der bedeutendste Jurist des Landes angesehen und wurde stark vom deutschen Verfassungs- und Zivilrecht beeinflußt.

<sup>43</sup> *Luís R. Barroso* bezeichnet die retrospektive Interpretation als "eine der chronischen Krankheiten der brasilianischen Verfassungshermeneutik", bei welcher der neue Text "so auszulegen versucht werde, daß sich möglichst nichts verändere", vgl. Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo 1996, p. 226ss.

<sup>44</sup> *José E. Faria*, As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, in: *José E. Faria (Org.)*, Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo 1998, p. 62.

<sup>45</sup> Vgl. die Unterscheidung von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in: Grundrechtstheorien und Grundrechtsinterpretation, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1974, S. 1529 ff.

naturrechtlichen Denkens – wie im Nachkriegsdeutschland – gedeihen können. Brasilien erlebte zwar in der Zeit der Militärdiktatur die Einschränkung der Bürgerrechte und der Unabhängigkeit der Staatsorgane durch – rein formell gesehen – "legale" Maßnahmen; diese Erfahrung konnte jedoch nichts am bis heute starken Einfluß rechtspositivistischer Theorien in Rechtsprechung und Lehre ändern<sup>46</sup>.

## 5. Gesetzgeberische Gestaltung und Einschränkung der Grundrechte

Obwohl der Grundrechtskatalog der brasilianischen Verfassung sicherlich zu den umfangreichsten der Welt gehört, haben Lehre und Rechtsprechung bislang nur wenige Ansätze zur dogmatischen Erschließung der einzelnen Rechte entwickelt. Besonders zum Thema der *Kollision* von Grundrechten fehlt bislang eine gefestigte Lehre. Erst seit einigen Jahren wird dem Verhältnismäßigkeitsprinzip wachsende Beachtung zuteil<sup>47</sup>. Der Aspekt der "Vernünftigkeit" (*razoabilidade*) hat schon bei der Einschätzung der Verfassungsmäßigkeit einiger Gesetze Bedeutung gewonnen. So existiert eine Anzahl von Gerichtsentscheidungen im Zusammenhang mit der Erhebung von Abgaben<sup>48</sup> und der Berufsfreiheit<sup>49</sup>.

In der Frage der Beschränkbarkeit der Grundrechte kommt der Definition des Schutzbereichs der sog. "steinernen Vorschriften" (*cláusulas pétreas*) große Bedeutung zu. Nach Artikel 60 § 4 IV darf kein Vorschlag zur Änderung der Verfassung "dazu tendieren" die individuellen Rechte und Garantien "abzuschaffen"<sup>50</sup>. Dieses Verbot wird von der Lehre auch auf einfachgesetzliche Maßnahmen ausgedehnt<sup>51</sup>, wobei der Begriff der "Abschaffungstendenz" solche Bestimmungen einschließen soll, welche "den Kernbereich" (*núcleo essencial*) des Grundrechts betreffen. Da die Kriterien zur Bestimmung dieses Bereichs bei jedem Grundrecht verschieden sind, führt der Mangel an höchstrichterlichen Urteilen und fundierten Beiträgen der Lehre bislang zu Rechtsunsicherheit und Kasuismus. Die Gegner

<sup>46</sup> Der angesehenste und meistzitierte ausländische Jurist ist in Brasilien bis heute eindeutig *Hans Kelsen*, besonders sein Werk "Reine Rechtslehre" (Teoria Pura de Direito – trad. J. B. Machado, Coimbra 1984).

<sup>47</sup> Besonders: *Paulo Bonavides*, *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed., São Paulo 1994, p. 356ss.; *Suzana de T. Barros*, *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília 1996, p. 98ss.

<sup>48</sup> *Supremo Tribunal Federal*, Entscheidungen von 1953, in: *Revista Forense* n° 145, p. 164, und von 1985, in: *Revista Trimestral de Jurisprudência* n° 112, p. 34.

<sup>49</sup> *Supremo Tribunal Federal*, Entscheidungen von 1984, in: *Revista Trimestral de Jurisprudência* n° 110, p. 937, und von 1993, in: *Revista de Direito Administrativo* n° 194, p. 299.

<sup>50</sup> Außerdem werden die föderative Staatsform, die direkten, geheimen, generellen und periodischen Wahlen und die Gewaltenteilung gegen Änderungen "immunisiert" (Art. 60 § 4 I-III).

<sup>51</sup> Die Verfassung Brasiliens unterscheidet insofern nicht wie das Grundgesetz zwischen den Beschränkungen gegenüber einfachen Gesetzen ("Wesensgehalt", Art. 19 II) und Verfassungsänderungen (Art. 79 III GG).

der gegenwärtig von der Bundesregierung angestrebten "Entkonstitutionalisierung"<sup>52</sup> propagieren eine systematische Auslegung des Artikel 60 IV in dem Sinne, daß von seinem Verbot nicht nur die ausdrücklich erwähnten *individuellen*, sondern auch die kollektiven und die sozialen Grundrechte eingeschlossen werden, weil die Verfassung auch sonst keine Hierarchie zwischen klassischen Freiheitsrechten, Arbeitnehmerrechten und sozialen Grundrechten festlege. Darüber hinaus enthielten auch die meisten der kollektiven und sozialen Grundrechte Aspekte individueller Anspruchspositionen<sup>53</sup>. Fest steht jedoch, daß bei einer extensiven Auslegung der Norm weite Teile des Verfassungstextes unabänderbar ("versteinert") würden, besonders auch deswegen, weil das System der Grundrechte nach Artikel 5 § 2 offen ist und auch nicht ausdrücklich vom Text erwähnte Rechte und Garantien mit einschließt<sup>54</sup>. Deswegen beschränkt sich das Änderungsverbot nach Ansicht des Obersten Bundesgerichts (*Supremo Tribunal Federal*) auf jeden Fall auf die vom Verfassungstext "explizit erwähnten" Grundrechte<sup>55</sup>.

Bis heute kaum erörtert hat die brasilianische Literatur auch das so diffizile Verhältnis der Wechselwirkung zwischen den meist unbestimmten, begrifflich offenen grundrechtlichen Verfassungsnormen selbst und den sie präzisierenden, einschränkenden einfachgesetzlichen Normen<sup>56</sup>. Der Großteil der Autoren beschränkt sich darauf zu betonen, daß es keinesfalls zu einer Interpretation von unmittelbar anwendbaren Grundrechtsnormen auf der Basis des Inhaltes einfachgesetzlicher Bestimmungen kommen dürfe<sup>57</sup>. Obwohl der Verfassungstext an vielen Stellen Formulierungen wie "in Form des Gesetzes" oder "wie das Gesetz regeln

<sup>52</sup> *Desconstitucionalização* bedeutet die Herausnahme vieler Bestimmungen über die Wirtschaftsordnung (auch von Arbeitnehmerrechten) aus dem Verfassungstext zur Flexibilisierung der Rechtsordnung.

<sup>53</sup> Vgl. *Ingo W. Sarlet*, *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre 1998, p. 359ss.; *Flávio B. Novelli*, Norma constitucional inconstitucional? (Art. 2º, § 2º, EC 3/93), in: *Revista Forense* nº 330, 1995, p. 79ss.

<sup>54</sup> "Die von dieser Verfassung erwähnten Rechte und Garantien schließen nicht andere aus, die sich aus ihren Regelungen und Prinzipien ergeben, oder aus internationalen Verträgen, welche die Föderative Republik Brasilien abschließt." Alle Verfassungen seit 1891 enthielten diese Bestimmung; *Celso R. Bastos* bemerkt dazu: "War die Bestimmung dieser Rechte und Garantien früher schon schwierig, so ist sie mit dem neuen Verfassungstext praktisch unmöglich geworden", in: *Ives G. Martins/ Celso R. Bastos*, *Comentários à Constituição do Brasil*, Volume 2, São Paulo 1989, p. 395.

<sup>55</sup> Vgl. *Ives G. Martins/ Celso R. Bastos*, *Comentários à Constituição do Brasil*, Volume 4 - Tomo I, São Paulo 1995, p. 354s., 372s.

<sup>56</sup> Z. B. das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte System zum Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 II GG); ansatzweise dazu: *Raquel D. Stumm*, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre 1995, p. 61ss.; *Edilsom P. de Farias*, *Colisão de Direitos*, Porto Alegre 1996, p. 93ss.

<sup>57</sup> *Celso R. Bastos*, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo 1997, p. 60s.

wird" gebraucht, ist bislang noch nicht klar herausgearbeitet worden, welche Auswirkungen dies auf Umfang und Intensität der Einschränkbarkeit des jeweiligen Grundrechts hat<sup>58</sup>.

Die Frage nach Reichweite und Wirkung des Begriffs der "unmittelbaren Anwendbarkeit" (*aplicação imediata*, Art. 5 § 1)<sup>59</sup> der Grundrechte ist ebenfalls ein noch ungelöstes Problem. Besonders umstritten ist die Frage, ob nur die Grundrechte des Artikel 5 selbst unmittelbar anwendbar sind, wofür die Plazierung der Vorschrift im § 1 spricht, oder ob die Regelung sich auch auf die nachfolgenden Grundrechtsnormen bezieht, was die sozialen und Arbeitnehmerrechte mit einschließen würde. Letztere Theorie wird von der modernen, progressiven Linie der verfassungsrechtlichen Literatur vertreten<sup>60</sup>. Unbestritten ist jedoch inzwischen, daß kein Gericht die Anwendung eines der Freiheitsgrundrechte unter Hinweis auf eine fehlende Ausführungsnorm verweigern kann, diese also nicht nur "nach Maßgabe der Gesetze" gelten, wie es die lange Zeit vorherrschende Lehre und Rechtsprechung annahmen. Die "unmittelbare Anwendbarkeit" ist insofern zur Regel geworden.

## 6. Prozessuale Mittel zur Geltendmachung der Grundrechte

Die Konkretisierung der Verfassungsgarantien – und damit der prozessualen Rechte – wird seit der letzten Verfassungsreform von der Lehre zumindest genauso wichtig genommen wie die im Text vorgesehenen materiellen Rechte selbst. Die im Verfassungsrecht Brasiliens übliche Unterscheidung zwischen den materiellen Grundrechten selbst und den prozessualen Grundrechts-"Garantien" (*garantias fundamentais*) zu deren Verwirklichung steht unter starkem Einfluß der US-amerikanischen Tradition des *Supreme Court*<sup>61</sup>. So wurden in den Verfassungstext von 1988 speziell einige neue prozessuale Mittel eingefügt, die der traditionell starken Diskrepanz zwischen verbürgten materiellen Rechten und deren Realisierung durch den Bürger entgegenwirken sollen<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> So enthalten die Grundrechte auf freie Meinungsäußerung und auf Schutz von Intimsphäre, Privatleben, Ehre und eigenem Bild (Art. 5 IV, X) keinen Gesetzesvorbehalt, obwohl diese Rechte gewöhnlich vom Gesetzgeber nachhaltig eingeschränkt zu werden pflegen (z. B. vom Projekt des neuen Pressegesetzes).

<sup>59</sup> Nach Artikel 5º § 1º sind "die Grundrechte und -garantien definierenden Normen unmittelbar anwendbar".

<sup>60</sup> So: *Paulo Bonavides*, *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed., São Paulo 1994, p. 518s.; *Ingo W. Sarlet*, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre 1998, p. 235.

<sup>61</sup> Entscheidend war i. d. Z. der Einfluß des bekannten Juristen und Politikers Ruy Barbosa; vgl. *Paulo Bonavides*, op. cit., p. 481ss.

<sup>62</sup> *Diomar Ackel Filho*, *Os Writs Constitucionais*, 2. ed., São Paulo 1991, p. 12ss.

Brasilien besitzt ein gemischtes System der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle. Im Wege der "verteilten" Kontrolle (*controle difuso*) kann jeder Richter des Landes im Rahmen seiner Entscheidung normative Regelungen aller drei Staatsebenen<sup>63</sup> für unvereinbar mit Bestimmungen der Bundes- oder Landesverfassung erklären und ihre Anwendung im Einzelfall ablehnen, auch wenn ein höheres Gericht bereits deren Verfassungsmäßigkeit bejaht haben sollte. Eine Aussetzung des Verfahrens und Abgabe an ein spezielles Verfassungsgericht ist nicht vorgesehen. In Fällen des Verstoßes gegen die Bundesverfassung und der Nichtigkeitserklärung von Bundesnormen kann durch Einlegung des sog. "außergewöhnlichen Rechtsmittels" (*recurso extraordinário*, Art. 102 III) die endgültige Entscheidung des Obersten Bundesgerichts eingeholt werden. Seit der letzten Verfassunggebenden Versammlung wird allerdings die Schaffung eines Verfassungsgerichtshofes des Bundes nach deutschem, italienischem oder spanischem Vorbild von der Literatur vehement gefordert<sup>64</sup>. Zu dieser Form der "inzidenten" Kontrolle kommt es besonders in Prozessen aufgrund der "Sicherheitsklage" (*mandado de segurança*, Art. 5 LXIX), die jeder Bürger einlegen kann, um gegenüber jedweder staatlicher Behörde die Verletzung seiner Rechte geltend zu machen. Diese Klageform kennt kein Beweisverfahren und nimmt eine teilweise der deutschen Verfassungsbeschwerde entsprechende Funktion ein<sup>65</sup>. Viele Fragen der Verfassungsauslegung werden daher schon bei den unteren Instanzen entschieden. Um die Erklärung der allgemeinen Nichtigkeit der fraglichen gesetzlichen Bestimmung – die Wirkung *erga omnes* – zu erreichen, hat das Oberste Bundesgericht den Bundesrat von seiner Entscheidung in Kenntnis zu setzen, welcher die Anwendung der fraglichen Norm aussetzen kann (Art. 52 X).

Daneben kann auf dem Wege der "konzentrierten" und gleichzeitig abstrakten Normenkontrolle die direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit von Rechtsakten zum Obersten Bundesgericht eingelegt werden (*ação direta de inconstitucionalidade*), bei welcher der Kreis der

<sup>63</sup> Brasilien ist das einzige Land mit föderativer Organisation, das seine heute ca. 6.000 Kommunen (*municípios*) neben den 26 Bundesländern (*estados*) formell zur dritten Staatsebene erhoben hat; bzgl. der rechtlichen Konsequenzen siehe: *Andreas Krell*, Kommunaler Umweltschutz in Brasilien – juristische Rahmenbedingungen und praktische Probleme, Frankfurt a. M. 1993, S. 7 ff.

<sup>64</sup> *Willis S. Guerra Filho* bezeichnet das Fehlen einer vergleichbaren Institution "als den größten Schwachpunkt des politisch-juristischen Systems Brasiliens", vgl. *Elementos de uma teoria geral de política*, Brasília 1997, p. 27. Es müßte dann allerdings auch die "verteilte" Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit abgeschafft und ein neues Auswahlsystem für die Mitglieder des Gerichtshofs gefunden werden; vgl. *José W. Ferreira Sobrinho*, Por um Tribunal Constitucional, in: *Revista de Direito Administrativo* nº 209, 1997, p. 148ss.

<sup>65</sup> Seit 1988 besteht auch das "kollektive Sicherheitsmandat" (*mandado de segurança coletivo*, Art. 5 LXX), das der amerikanischen *class action* nachgebildet ist und den Verbänden der Interessenvertretung (Parteien, Gewerkschaften, Kammern) die Verteidigung der kollektiven Rechte ihrer Mitglieder eröffnet; vgl. *Sérgio Ferraz*, *Mandado de segurança individual e coletivo: aspectos polêmicos*, São Paulo 1996, p. 19ss.

Aktivlegitimierten von der neuen Verfassung stark ausgedehnt worden ist<sup>66</sup>. Seit 1993 existiert ebenfalls die Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen und -akten des Bundes (*ação declaratória de constitucionalidade*, Art. 102 I a), welche die Besonderheit besitzt, daß der Entscheidung – im Gegensatz zur Erklärung der Verfassungswidrigkeit – eine bindende Wirkung gegenüber allen Organen der Judikative und Exekutive zukommt<sup>67</sup>. Für die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen oder Hoheitsakten von Ländern oder Kommunen gegenüber der jeweiligen Landesverfassung sind die Landesgerichtshöfe zuständig (*Tribunais de Justiça*, Art. 125 § 2).

Ein der deutschen "Organklage" vergleichbares Rechtsmittel ist nach Artikel 102 f gegeben, wonach das Oberste Bundesgericht über Streitfragen zwischen Bund und Ländern oder derselben untereinander zu entscheiden hat, einschließlich der Organe der jeweiligen indirekten Verwaltung; für Klagen zwischen Organen der Länder und Kommunen sind die Landesgerichtshöfe zuständig. In Brasilien ist es jedoch in der Vergangenheit nur selten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen unter Staatsorganen gekommen. Die Regierungen und Parlamente der drei föderativen Staatsebenen scheuen meistens vor Klagen zurück und ziehen eine Konfliktbeilegung über Fragen der Zuständigkeit oder Verteilung von Abgaben auf dem Weg der politischen Verhandlungen vor<sup>68</sup>. Darüber hinaus ist festzustellen, daß ein übertriebenes Anhängen an traditionelle Dogmen der Gewaltenteilung eine starke Abneigung gegenüber der richterlichen Kontrolle von Akten der Exekutive hervorgerufen haben, der man generell einen weitreichenden Raum autonomen Ermessens einräumt, innerhalb dessen die Entscheidungen des Staatsorgans hinsichtlich seiner Angemessenheit und Zweckmäßigkeit nicht überprüft werden können<sup>69</sup>.

Das beste Beispiel für diesen Zustand liefert der ständige Gebrauch der exekutiven Normsetzungsgewalt durch die Bundesregierung – gegenwärtig wohl das meistdiskutierte verfassungsrechtliche Problem. Nach Artikel 62 kann "im Falle von Wichtigkeit und Dringlich-

<sup>66</sup> Neben dem früher allein zuständigen Bundes-Generalstaatsanwalt (*Procurador-Geral da República*) können nun auch der Staatspräsident, der Vorstand (*mesa*) des Bundesparlamentes, des Senates oder eines Landesparlamentes, jeder Landesgouverneur, die im Nationalkongreß vertretenen Parteien, der Bundesvorstand der Brasilianischen Anwaltskammer (OAB) sowie jede gewerkschaftliche Föderation oder Berufsgruppenvertretung mit Wirkungsbereich auf nationaler Ebene die Direktklage auf Verfassungswidrigkeit einlegen (Art. 103).

<sup>67</sup> Artikel 102 § 2; die Einführung dieser Klageform mit ihrer weitreichenden Bindungswirkung ist von der Literatur heftig kritisiert worden; vgl. *Ives G. Martins / Gilmar F. Mendes (Coords.)*, *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, São Paulo 1994.

<sup>68</sup> Da die administrativen Beziehungen vor allem auf persönlichen Kontakten und Loyalitäten beruhen, empfinden die politischen Protagonisten von Bund und Ländern die Einlegung von Klagen leicht als "Affront", auf den sie gewöhnlich mit Streichung von Finanzhilfen, Aufgabe gemeinsamer Projekte und ähnlichen Sanktionen reagieren, dies besonders, wenn es zu Klagen seitens der Kommunen kommt.

<sup>69</sup> *Luis R. Barroso*, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo 1996, p. 213s.

keit" (*relevância e urgência*) der Staatspräsident "provisorische Maßnahmen" (*medidas provisórias*) mit Gesetzeskraft erlassen, die er unverzüglich dem Nationalkongreß vorzulegen hat und welche ihre Wirksamkeit verlieren, falls dieser sie nicht innerhalb von 30 Tagen in formelle Gesetze umformt. Trotz der vehementen Kritik der großen Mehrheit der juristischen Lehre weigert sich der Oberste Bundesgerichtshof jedoch bis heute, die Interpretation der Begriffe "Wichtigkeit" und "Dringlichkeit" durch die Regierung zu überprüfen und zieht sich dabei auf die Prinzipien der Gewaltenteilung und des *judicial self restraint* zurück. So wurde noch nicht eine einzige "provisorische Maßnahme" wegen Fehlens dieser Voraussetzungen für verfassungswidrig erklärt, was dem Zugeständnis eines praktisch unkontrollierbaren Beurteilungsermessens gleichkommt. Dabei ergehen diese – von der Verfassung eigentlich als Ausnahme vorgesehenen – Exekutivakte täglich in den verschiedensten Lebensbereichen und nicht nur etwa in "essentiellen" Sektoren der Finanz- und Wirtschaftspolitik, wo oftmals Eile geboten ist<sup>70</sup>.

## 7. Klage wegen "verfassungswidrigen Unterlassens" und "Injunktionsklage"

In der Vergangenheit haben die konstitutionellen Texte Brasiliens vielen Gruppen der Bevölkerung weitgehende Grundrechte eingeräumt, jedoch die nähere Regelung und Ausgestaltung derselben dem Gesetzgeber überlassen, mangels dessen Initiative die besagten Rechte meistens für die Betroffenen undurchsetzbar geblieben sind. Um die "traditionelle Distanz zwischen dem Wortlaut der Verfassung und der Praxis"<sup>71</sup> zu überwinden, wurden in den Text von 1988 zwei neue Klageformen aufgenommen.

Die Klage wegen "verfassungswidrigen Verhaltens durch Unterlassen" (*ação de inconstitucionalidade por omissão*) kann bei fehlendem oder mangelhaftem Erlaß von Rechtsnormen oder von Akten der Exekutivorgane zur wirksamen Umsetzung einer Verfassungsbestimmung eingelegt werden (Art. 103 § 2). Auch viele Bundesländer haben diese Regelung in ihre konstitutionellen Texte übernommen. Bei einer Verurteilung aufgrund dieser Klage hat der Oberste Bundesgerichtshof die zuständige Staatsgewalt davon offiziell zu unterrichten, damit sie die notwendigen Maßnahmen ergreift. Mangels juristischer Sanktionsmöglichkeiten gegenüber der Legislative ist jedoch keine direkte Verpflichtung auf Erlaß eines bestimmten Gesetzes möglich<sup>72</sup>. Die Jurisprudenz Brasiliens geht davon aus, daß die vielen

<sup>70</sup> Erschwerend zu diesem Mißbrauch kommt noch hinzu, daß die "provisorischen Maßnahmen" bei Ablauf der Monatsfrist gewöhnlich mit identischem Inhalt erneut erlassen werden (re-edição), solange das Parlament sie nicht in Gesetze umgewandelt hat (einige wurden bislang über 30 mal "wiederholt").

<sup>71</sup> Ana L. de Lyra Tavares, A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas, in: Revista de Informação Legislativa nº 109, 1991, p. 90ss.

<sup>72</sup> Ingo W. Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre 1998, p. 269.

Grundrechtsnormen beigefügten Klauseln wie etwa "in der vom Gesetz definierten Form" oder "das Nähere regelt das Gesetz" vor allem als fakultative Kompetenz des Gesetzgebers zum Erlaß entsprechender Bestimmungen und nicht als unmittelbare einklagbare Handlungspflicht zu verstehen sind. Die entsprechenden Akte der Parlamentarier können deswegen vornehmlich nur durch politischen Druck hervorgerufen werden, nicht durch juristische Maßnahmen. Eine Verurteilung hat daher vornehmlich moralische und politische Auswirkungen<sup>73</sup>. Mendes hat i.d.Z. die Übertragung des Modells der "Appellentscheidung" des deutschen Bundesverfassungsgerichts in das brasilianische System vorgeschlagen<sup>74</sup>, was sich jedoch aufgrund der völlig andersgearteten politischen und sozio-kulturellen Beziehungen der obersten Verfassungsorgane untereinander höchst schwierig gestalten dürfte. So setzt die Befolgung einer solchen appellativen Anordnung ein Klima des Respektes und der Autorität des höchsten Gerichtes gegenüber den anderen obersten Staatsorganen voraus, welches in Brasilien in der Vergangenheit meistens nur ansatzweise vorgelegen hat.

Eine weitere prozessuale Neuheit stellt die "Injunktionsklage" (*mandado de injunção*)<sup>75</sup> dar, die in ihrer Handhabung auch zehn Jahre nach Einführung immer noch sehr umstritten ist. Nach Artikel 5 LXXI kann sie in Fällen eingelegt werden, in denen "verfassungsmäßige Rechte und Freiheiten sowie die mit der Staatsangehörigkeit, der Souveränität und den bürgerlichen Freiheiten in Verbindung stehenden Rechte wegen Fehlens einer Ausführungsnorm nicht ausgeübt werden können". So warten zahlreiche Bestimmungen der Verfassung immer noch auf das vom jeweiligen Normtext angekündigte "ausführende Gesetz" (*lei complementar*), ohne welches sie nach der bis heute vorherrschenden Linie des Obersten Bundesgerichtes nicht einklagbar sind. Dabei sollte die Injunktionsklage gerade die Schaffung der im Einzelfall fehlenden Norm zur Ausübung eines Grundrechts durch die Gerichte ermöglichen<sup>76</sup>. Trotz scharfer Kritik der Literatur<sup>77</sup> hat jedoch die Dritte Gewalt Brasiliens, besonders der Oberste Bundesgerichtshof, das Rechtsmittel nur sehr zurückhaltend angewendet und sich entgegen dem klaren Wortlaut des Artikels 5 LXXI geweigert, die zur Verwirklichung der fraglichen Grundrechte fehlenden Ausführungsnormen selbst zu schaffen, was besonders mit dem Hinweis auf das Gewaltenteilungsprinzip begründet

<sup>73</sup> Luis R. Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas, 1996, p. 174; vgl. auch Gilmar F. Mendes, Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos, São Paulo 1990, p. 71.

<sup>74</sup> Gilmar F. Mendes, O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Praxis da Corte Constitucional Federal Alemã, in: Revista de Direito Administrativo nº 188, 1992, p. 36ss.

<sup>75</sup> Der Name wurde dem *writ of injunction* des US-amerikanischen Prozeßrechts entlehnt, mit dem diese Klageform ansonsten jedoch nur wenig gemein hat; Christian Roschmann bezeichnet sie als "Verfassungsbeschwerde wegen legislativer Untätigkeit", vgl. Vergleich des föderativen Aufbaus: Bundesrepublik Deutschland – Föderative Republik Brasilien, Kiel (Diss. iur.), 1991, S. 74.

<sup>76</sup> José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 15. ed., São Paulo 1998, p. 58.

<sup>77</sup> Z. B. Regina Quaresma, O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Rio de Janeiro 1995, p. 15ss.

worden ist<sup>78</sup>. Den eigentlichen Zweck der "Injunktionsklage" hat das höchste Gericht bislang nicht erkennen oder zumindest nicht realisieren wollen und versteht sie lediglich als Form der *konkreten* Kontrolle der Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassens, im Gegensatz zur *abstrakten* Direktklage auf Verfassungswidrigkeit durch Unterlassen des Artikels 103 § 2 CF<sup>79</sup>. Auch geht die herrschende Rechtsprechung davon aus, daß die schlichte Existenz einer das Verfassungsrecht in irgendeiner Form regelnden Norm die Einlegung der Klage ausschließt, diese sich also nicht gegen die Art und Weise einer Regelung oder die mangelhafte Qualität der staatlichen Aufgabenerfüllung wenden kann.

Die ebenfalls neue Klageform "*habeas data*" (Art. 5 LXXII) kann eingelegt werden in Fällen, in denen ein öffentliches Organ den Antrag eines Bürgers auf Erteilung von Auskünften bezüglich der über seine Person gespeicherten Daten ablehnt. Das spezielle Rechtsmittel dient der Durchsetzung des Grundrechtes aller Brasilianer und Ausländer, von den staatlichen Stellen "Informationen von individuellem, kollektivem oder generellem Interesse zu erhalten" (Art. 5 XXXII)<sup>80</sup>. Neben der Information kann das Ziel des "*habeas data*" auch die Berichtigung unkorrekter Daten sein<sup>81</sup>.

## 8. Soziale Grundrechte im Verfassungstext – Herausforderung an die Gerichte

Nach dem Vorbild der Verfassung der Weimarer Republik hielten ab 1934 auch soziale Grundrechte Einzug in den brasilianischen Verfassungstext. Gerade die Verbürgung der Rechte auf Bildung, Gesundheit, Fürsorge und Sozialhilfe im ranghöchsten Gesetzestext haben seit jeher im Spannungsverhältnis zur Lebenswirklichkeit der meisten Brasilianer gestanden und nur sehr wenig zur Verbesserung der realen Lebensqualität beigetragen; der Verfassungstext stellt daher nach wie vor für viele Menschen eine sehr "entfernte Bezugsgröße"<sup>82</sup> dar. Der krasse Widerspruch zwischen diesem normativen Anspruch und dem evidenten Versagen des brasilianischen Staates als Träger der Daseinsvorsorge für die große Mehrheit seiner Bevölkerung ist besonders seit der Rückkehr des Landes zur Demo-

<sup>78</sup> Für *Luis R. Barroso* ist die Injunktionsklage "auf eine ängstliche, konservative, wenn nicht gar reaktionäre Rechtsprechung getroffen"; vgl. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas*, São Paulo 1996, p.172.

<sup>79</sup> *Itiberê de O. Rodrigues*, *O Mandado de Injunção nos julgados do Supremo Tribunal Federal*, Dissertação de Mestrado em Direito, UFRGS, Porto Alegre 1995, p. 6s.

<sup>80</sup> Ausgenommen sind dabei ausdrücklich diejenigen Informationen, "deren Geheimhaltung für die Sicherheit der Gesellschaft und des Staates unerlässlich ist".

<sup>81</sup> Vgl. *José Afonso da Silva*, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed., São Paulo 1998, p. 453ss.

<sup>82</sup> Vgl. *Marcelo Neves*, *Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderungen in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse*, in: *Verfassung und Recht in Übersee* (VRÜ), 3. Quartal 1996, S. 314 f.

kratie im Jahre 1985 immer schärfer kritisiert worden. Zunehmend diskutiert auch die juristische Literatur die Komplexität des Prozesses der Umsetzung der Vorgaben des konstitutionellen Systems mit seinen sozialen Grundrechten über die Verwirklichung öffentlicher Programme und Maßnahmen<sup>83</sup>.

Wie in Deutschland<sup>84</sup>, wird auch in Brasilien grundsätzlich anerkannt, daß überzogene konstitutionelle Versprechungen innerhalb von sozialen Grundrechtsnormen ohne konkrete Möglichkeit der baldigen Realisierung zur "Verfassungsfrustration" führen können, welche die Institution der Verfassung als System gültiger Rechtsnormen diskreditieren und das Vertrauen der Bürger in die gesamte Rechtsordnung zu erschüttern geeignet sind<sup>85</sup>. Nach der klassischen Einteilung Loewensteins handelt es sich bei der brasilianischen um eine *nominalistische* Verfassung, an deren Normen sich anzupassen der Dynamik des politischen Prozesses nicht gelungen ist. Die Disharmonie zwischen den existierenden sozio-ökonomischen Voraussetzungen und dem verfassungsrechtlichen Anspruch können jedoch im Laufe der Zeit durch den erwarteten Reifungs- und Entwicklungsprozeß geheilt werden<sup>86</sup>. Nach dieser Theorie bedeuten übersteigerte Versprechungen in Grundrechtsnormen für die Machtträger vor allem einen Ansporn zu ihrer Verwirklichung und für die Machtadressaten die Hoffnung auf ihre Erfüllung<sup>87</sup>. Diese Sicht weist Neves scharf zurück und spricht von der *symbolischen* und "Alibi-Funktion" der Verfassungsnormen über Grundrechte, die für ihn vornehmlich zur Demonstration der Problemlösungskapazität des Staates instrumentalisiert worden sind und dadurch die Kontrolle gesellschaftlicher Spannungen sowie die Aufrechterhaltung des sozialen *status quo* zugunsten der privilegierten Gruppen ermöglichen sollten. Der Autor sieht deswegen die sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassungsgeschichte als "fassadenhafte Konstruktionen" an<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> Vgl. *Adelmo Fioranelli Júnior*, Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais, in: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jun. 1994, p. 24ss.

<sup>84</sup> Viele deutsche Autoren wenden sich gegen "soziale Grundrechte", weil diese – da größtenteils aktuell vom Staat nicht erfüllbar – beim Bürger den Eindruck erwecken, die ganze Verfassung sei ein "Phrasengebäude" oder "Katechismus" voll unerfüllbarer Utopien, was den Verlust der eigentlich wertprägenden Normativität der Verfassung zur Folge habe; vgl. *Günter Dürig*, Grundgesetz, 30. Aufl., München 1993, S. X; *Rupert Scholz*, Deutschland in guter Werte-Verfassung?, in: *W. Fikentscher u.a.*, Wertewandel – Rechtswandel: Perspektiven auf die gefährdeten Voraussetzungen unserer Demokratie, Gräfeling 1997, S. 53.

<sup>85</sup> Vgl. *Paulo Lopo Saraiva*, Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil, Rio de Janeiro 1983, p. 63ss.; *Luis R. Barroso*, O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas, São Paulo 1996, p. 153.

<sup>86</sup> *Luis R. Barroso*, op. cit., p. 63.

<sup>87</sup> *Karl Loewenstein*, Verfassungslehre, 3. Aufl., Tübingen 1975, S. 345.

<sup>88</sup> *Marcelo Neves*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne, Berlin 1992, S. 64f., 157 ff.; genauso *José E. Faria*, O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, in: *J. Faria (Org.)*, Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo 1998, p. 98s.

Die eher materiell angelegte moderne Konzeption von Verfassungsgebung setzt jedoch gerade auch auf die politischen und kulturellen Wirkungen der Verfassung durch Einführung programmatischer, noch konkretisierungsbedürftiger Prinzipien. Die Verfassung dient dadurch zunehmend nicht nur als rechtliche Verfahrensordnung für die staatliche Gewalt, sondern auch als Dokument zur politischen Integration des Gemeinwesens (R. Smend), zur Gestaltung politischen Bewußtseins<sup>89</sup>. Insofern wird neben der "juridischen" auch den edukatorischen, suggestiven und appellativen Wirkungen des Verfassungsrechts mehr Beachtung geschenkt<sup>90</sup>. Bei vielen Bestimmungen kommt es dabei zu einer bewußten Übersteigerung des Normbefehls und Überschreitung des Rahmens der vernünftigerweise zu erwartenden Durchsetzbarkeit<sup>91</sup>. Den Grundrechten kommt in Brasilien daher in erhöhtem Maße auch die Funktion des "Hoffnungsträgers" im Sinne eines Bezugspunktes für politische Forderungen der jeweiligen Begünstigungsadressaten und deren Repräsentanten zu<sup>92</sup>.

Seit Mitte der 80er Jahre wird in Brasilien auch die Verantwortung der Richterschaft zur Verwirklichung gerade der sozialen Grundrechte stark diskutiert. Immer mehr Autoren sehen in der Überwindung der weiten Ermessensfreiheit von Regierung und Verwaltung ein machtvolles Instrument zur Gestaltung öffentlicher Sozialpolitiken und Kontrolle der Qualität der Leistungen der Daseinsvorsorge durch die Judikative<sup>93</sup> und betonen die neue – auch politische – Rolle des Richters als "aktivem Gestalter" der sozialen Verhältnisse, die mit den Regeln des traditionellen Formalismus nicht mehr in Einklang zu bringen ist<sup>94</sup>. Für Faria hat die brasilianische Richterschaft auf der Basis ihres kulturellen und professionellen

<sup>89</sup> Michael Bothe, Umweltschutz und Verfassungsrecht in Brasilien, in: *M. Bothe (Hrsg.)*, Umweltrecht in Deutschland und Brasilien, Frankfurt a. M. 1990, S. 101. Für Peter Häberle ist die Verfassung eines Staates "nicht nur juristischer Text oder normatives Regelwerk, sondern auch Ausdruck eines kulturellen Entwicklungszustandes, Mittel der kulturellen Selbstdarstellung des Volkes, Spiegel seines kulturellen Erbes und Fundament seiner Hoffnungen"; hier zitiert nach Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn 1983, S. 36.

<sup>90</sup> Vgl. Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungsaufträge, op. cit., S. 35 ff.

<sup>91</sup> So der bekannte Soziologe Hélio Jaguaribe, in: *Miguel G. de Ulhôa Cintra (Coord.)*, A aplicabilidade da nova Constituição, in: Revista de Ciência Política (FGV) n° 4, 1989, p. 3ss.

<sup>92</sup> Gerade die Vertreter der linken Parteien und Gewerkschaften Brasiliens berufen sich in ihrem Diskurs zur Verbesserung der Leistungen der staatlichen Daseinsvorsorge für die ärmeren Bevölkerungsschichten häufig auf die sozialen Grundrechte und lehnen ihre Herausnahme aus dem Verfassungstext vehement ab.

<sup>93</sup> Marcos A. Perez, O papel do Poder Judiciário na efetividade dos Direitos Fundamentais, in: *RT – Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política* n° 11, 1995, p. 241ss.; José E. Faria, O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, in: *J. Faria (Org.)*, op. cit., p. 108ss.

<sup>94</sup> Z. B. Celso F. Campilongo, Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, in: *J. E. Faria (Org.)*, op. cit., p. 47s.; Ney de B. Bello Filho, Poder Judiciário e efetivação dos Direitos Fundamentais, in: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil n° 56, 1997, p. 25ss.

Ethos jedoch die Herausforderung, den Graben zwischen dem Rechtssystem und den realen gesellschaftlichen Zuständen zu schließen, bislang nicht angenommen und zwar "im Namen einer angeblichen Rechtssicherheit und eines oftmals geradezu naiven Verständnisses vom Gleichgewicht zwischen den unabhängigen Staatsgewalten"<sup>95</sup>.

## 9. Subjektives Recht auf "Mindeststandard" in der staatlichen Daseinsvorsorge?

Die programmatischen Verfassungsnormen über soziale Grundrechte, welche teils Rechte definieren, teils direktive Vorschläge machen und die angesichts ihrer geringen Normdichte erst vom Gesetzgeber auf ein ausreichendes Konkretisierungsniveau angehoben werden müssen, werden auch in Brasilien nicht mehr nur als "moralische Aufforderungen" an die Staatsgewalt verstanden, sondern als unmittelbar geltendes Recht. Teile der Lehre behaupten seit längerem, daß die sozialen Programmnormen der Verfassung gegenüber dem Gesetzgeber zumindest eine "negative Sperrwirkung" oder ein "Verschlechterungsverbot" beinhalten in dem Sinne, daß der einmal erreichte Standard der jeweiligen Sozialgesetze nicht wieder abgebaut werden dürfe<sup>96</sup>. Das ungleich größere Problem liegt i.d.Z. jedoch in der Nichterbringung der realen administrativen Leistungen.

Für die Repräsentanten einer modernen Grundrechtsauslegung haben die sozialen Grundrechte sogar die Qualität juristischer Anspruchsnormen im Sinne von subjektiven Rechten gegenüber dem Staat auf bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge, die im Rahmen der Möglichkeiten in progressiver Form zu verwirklichen sind (Optimierungsaufträge) und deren Erfüllung von der öffentlichen Gewalt nur zeitweise verweigert werden kann aufgrund einer evidenten und beweisbaren materiellen Unmöglichkeit<sup>97</sup>. Obwohl das Rekurrenzen auf konstitutionelle Grundprinzipien zur Auslegung der Grundrechte und anderer Verfassungsnormen in Brasilien noch kaum üblich ist<sup>98</sup>, kommt es zunehmend zu Versuchen einer konkreten Aktivierung des Prinzips der Menschenwürde (*dignidade da pessoa humana*)<sup>99</sup> als negativem Limit, unterhalb dessen die Qualität der hoheitlichen Leistungen

<sup>95</sup> José E. Faria, O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, in: José E. Faria (Org.), op. cit., p. 111.

<sup>96</sup> So Luis R. Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas, São Paulo 1996, p. 117s.; J. J. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra 1982, p. 374.

<sup>97</sup> Luis R. Barroso, op. cit., p. 111; Ingo W. Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre 1998, p. 273, 279, unter Bezugnahme auf Celso A. Bandeira de Mello, Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, in: Revista de Direito Pùblico nº 57-58, 1981, p. 245.

<sup>98</sup> Ingo W. Sarlet, op. cit., p. 73.

<sup>99</sup> Artikel 1 erhebt die Menschenwürde zur Grundlage (*fundamento*) der Föderativen Republik Brasilien, außerdem die Ausübung der Hoheitsgewalt (*soberania*) und der Bürgerrechte (*cidadania*).

der Basisvorsorge (Gesundheit, Bildung, Mindestlohn und -renten) nicht absinken dürfe<sup>100</sup>. Vertreten wird dabei, daß eine Pflicht zur Herstellung und Aufrechterhaltung eines "Minimalstandards" besonders in den staatlichen Aufgabenbereichen der Gesundheit und der Bildung bestehe<sup>101</sup>. Barroso stellt fest, daß dieser Mindestgehalt der staatlichen Aufgaben-erfüllung ohne weiteres von der Judikative festgestellt und angeordnet werden könne, was seiner Ansicht nach jedoch bislang aus rein ideologischen, nicht aus rechtswissenschaftlichen Gründen unterbleibe<sup>102</sup>. Dieses innovative Verständnis der Grundrechte und -prinzipien stellt in Brasilien allerdings noch keine herrschende Lehre in Literatur und besonders der höchstrichterlichen Rechtsprechung dar, welche sich in der Vergangenheit stets ableh-nend zeigte, wenn es darum ging, Regierungen direkte Anweisungen im Bereich der Lei-stungen der Daseinsvorsorge zu erteilen<sup>103</sup>.

Ein anderer Einwand gegen die Möglichkeit einer solchen Verurteilung ist das bekannte Argument des "Vorbehaltes des wirtschaftlich Möglichen" (*reserva do possível*)<sup>104</sup>, unter dem die sozialen Grundrechte zweifellos stehen. Das Problem scheint jedoch gerade darin zu liegen, inwieweit die Bestimmung dieses "finanziell für den Staat Möglichen" im Bereich der Leistungen der staatlichen Daseinsvorsorge allein den konkreten politischen Optionen der Regierungen und Parlamente zu überlassen ist oder ob die ausdrücklichen Vorschriften der sozialen Grundrechte nicht nach einer Korrektur durch die Judikative verlangen. Kompliziert erscheint die Festlegung der im Einzelfall "angemessenen Leistung", ohne dabei eine irreguläre Einschränkung des Ausgestaltungsermessens von Legis-lative und Exekutive vorzunehmen, das in der Verfassungslehre und -rechtsprechung Brasiliens in der Vergangenheit als geradezu "sakrosankt" galt.

*(nia)*, die sozialen Werte der Arbeit und der freien Initiative und den politischen Pluralismus (Absätze I-V).

<sup>100</sup> *Ingo W. Sarlet*, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre 1998, p. 284.

<sup>101</sup> So Bau und Unterhaltung von Schulen, da ansonsten die Verpflichtung der öffentlichen Körperschaft zur Immatrikulation des Kindes/Jugendlichen in einer Privatschule der Region ausgelöst werde; genauso die Eröffnung und Betrieb öffentlicher Gesundheitsstationen und Hospitäler, ohne die es zur juristischen Verantwortung der jeweiligen Staatsebene zur Zahlung der entsprechenden privaten Behandlung kommen soll.

<sup>102</sup> *Luis R. Barroso*, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Rio de Janeiro 1996, p. 155s.

<sup>103</sup> Dem entgegnet *Sarlet*, daß im Falle der Verweigerung von Leistungen der Basisvorsorge durch den Staat die gängigen Argumente der fehlenden Mittel und der mangelnden Kompetenz der Judikative zur Entscheidung über die Anwendung der öffentlichen Gelder nicht überzeugen können, besonders im Bereich der Gesundheit, dem wertvollsten Gut des menschlichen Lebens. Für ihn "kommt die Nichtebringung der essentiellen Gesundheitsdienste einer Anwendung der Todesstrafe gleich"; vgl. op. cit., p. 296ss, 317ss.

<sup>104</sup> Diesen Begriff gebraucht *J. J. Gomes Canotilho*, Direito Constitucional, 5. ed., Coimbra 1991, p. 545.

Zur gerichtlichen Realisierung der sozialen Grundrechte müßte es letztlich zu einer direkten Einflußnahme auf die Haushaltsgestaltung von Regierungen und Volksvertretungen auf allen drei Staatsebenen kommen. Vorgeschlagen wird i. d. Z. eine gerichtliche Anfechtung der entsprechenden Haushaltsgesetze mittels Direktklage auf Verfassungswidrigkeit, falls diese den konstitutionellen Vorschriften zuwiderlaufen<sup>105</sup>, was wiederum zu einer Verurteilung der Regierung zur entsprechenden Änderung des nachfolgenden Haushalts führen könnte<sup>106</sup>. Ein anderes Mittel zur Durchsetzung des sozialen Minimalstandards ist die Klage wegen verfassungswidrigen Verhaltens wegen (teilweisem) Unterlassen, in Anbetracht einer zwar existierenden, aber – am Maßstab des entsprechenden Grundrechts gemessen – unzureichenden Regelung, die Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers auslösen kann<sup>107</sup>. Die meisten sozialen Grundrechte der Verfassung Brasiliens haben jedoch bereits eine Konkretisierung auf einfachgesetzlicher Ebene erfahren<sup>108</sup>. In den Bereichen Gesundheit, Bildung, Sozialhilfe und -fürsorge bestehen schon komplexe Subsysteme, deren Schwachpunkt gerade darin liegt, daß die dem Bürger real erbrachten Leistungen meist nicht annähernd ausreichen, um seine vitalen Grundbedürfnisse zu befriedigen. Im Falle dieser häufig zu beobachtenden faktischen Nichterfüllung der gesetzlich konkret vorgesehenen Leistungen der Daseinsvorsorge ist ebenfalls eine Klage auf Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassens der entsprechenden administrativen Maßnahme möglich, welche die verantwortliche Behörde bei Verurteilung innerhalb eines Monats vorzunehmen hat (Art. 103 § 2).

Ein aktuelles Problem ist schließlich auch die Diskrepanz zwischen dem verfassungsrechtlich vorgesehenen und dem gesetzlich real fixierten Mindestlohn (*salário mínimo*)<sup>109</sup>. Eine Anhebung dieses Betrages durch die Judikative wäre auf der Basis der heute im brasilianischen Verfassungsrecht anerkannten Interpretationsmethoden durchaus möglich. So ist der Inhalt des Artikel 7 IV<sup>110</sup> keineswegs programmatisch, sondern sehr konkret gehalten und gibt ausdrücklich die Bezugspunkte vor, an denen sich die Zumessung der Geldsumme

<sup>105</sup> *José R. de Lima Lopes*, O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, in: *J. E. Faria*, op. cit., p. 125.

<sup>106</sup> *Luis R. Barroso*, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Rio de Janeiro 1996, p. 150s.

<sup>107</sup> *Ingo W. Sarlet*, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre 1998, p. 274, 286, 325.

<sup>108</sup> So das "Einheits-Gesundheitssystem" (SUS), die Sozialvorsorgegesetze über Rentenversicherung und Sozialhilfe, die umfangreiche Schul- und Bildungsgesetzgebung.

<sup>109</sup> Dieser beträgt gegenwärtig etwa 125 US\$, müßte nach neutralen Berechnungen jedoch – je nach Region – zwischen 350 und 500 US\$ betragen, um eine halbwegs menschenwürdige Lebensführung zu ermöglichen.

<sup>110</sup> "Stadt- und Landarbeiter haben das Recht (...) auf einen national einheitlichen, durch Gesetz festgelegten Mindestlohn, der ausreicht, die grundlegenden vitalen Bedürfnisse ihrer Person und ihrer Familien hinsichtlich Wohnraum, Ernährung, Bildung, Gesundheit, Freizeit, Kleidung, Hygiene, Transport und Sozialvorsorge (...) zu befriedigen."

durch den Gesetzgeber auszurichten hätte. Das Zögern des Obersten Bundesgerichtes scheint tatsächlich auf ideologische Gründe<sup>111</sup> zurückzuführen sein, da Vertreter der Bundesregierungen seit 1988 stets betont haben, daß eine entsprechende Anhebung des Mindestlohns auf das vom Verfassungstext geforderte Limit gerade die öffentlichen Haushalte hoffnungslos überlasten und es darüber hinaus in allen Bereichen der Privatwirtschaft zu Massenentlassungen kommen würde<sup>112</sup>. Es scheint, daß die höchsten Richter des Landes die Verantwortung für den Eintritt eines solchen möglichen sozialen Chaos nicht auf sich zu nehmen bereit sind.

## 10. Abschließende Überlegungen

Die verfassungsrechtliche Lehre und Rechtsprechung Brasiliens befinden sich noch in einer Phase des Übergangs zwischen der traditionellen formal-logischen Behandlung der Grundrechtsnormen und der Anwendung moderner materiell-wertender Interpretationsmethoden. Die Etablierung der monumentalen Grundrechtskataloge in der Bundesverfassung von 1988 hat nach einem Jahrzehnt noch keine nachdrücklichen Auswirkungen der Normen in der Rechtswirklichkeit des Landes nach sich gezogen. Viele Richter scheinen noch nicht ausreichend gerüstet zu sein, die Grundrechte in einer dogmatisch sauberen Weise anzuwenden und befinden sich noch nicht "auf der Höhe" des komplexen Verfassungstextes. Dabei führt das System der "verteilten" Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Normen und Rechtsakten zu einem Mangel an Spezialisierung, die gerade auch eine tiefgreifendere Bildung in philosophischen Fragen erfordern würde. Die brasilianischen Rechtswissenschaften haben in der Vergangenheit jedoch stets ausländische Modelle, Erfahrungen und Anregungen bereitwillig aufgenommen. Der deutschen Grundrechtslehre und -rechtsprechung kommt dabei eine besonders einflußreiche Rolle zu. Im Bereich der sozialen Grundrechte erscheint eine kohärent-progressive Anwendung der Verfassungsnormen ebenfalls von der Evolution des beruflichen Ethos der Richterschaft und der Reduzierung ihrer Abhängigkeit gegenüber der Exekutive abzuhängen. Schließlich deutet alles darauf hin, daß der traditionelle Grundsatz der Nichteinmischung der Staatsgewalten in den jeweiligen Wirkungsbereich der anderen angesichts der brennenden sozialen Probleme in peripheren Ländern wie Brasilien eine neue, andere Dimension zu gewinnen vermag als in den wohlhabenden Industrienationen.

<sup>111</sup> So *Luis R. Barroso*, op. cit., p. 154ss.; *Marcelo Neves*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne, Berlin 1992, S. 159.

<sup>112</sup> Es wird behauptet, bei einer drastischen Anhebung würden Millionen von Hausangestellten, Verkäufern, Wächtern, Landarbeitern und anderen Berufsgruppen niedrigen Bildungsniveaus mit- samt ihren Familien aus der relativen Armut in die schon jetzt überlastete Sozialhilfe und dadurch den Bettelstand getrieben.

## ABSTRACTS

### **10 Years Federal Constitution of Brazil: Aspects of Legal Theory and Sociological Jurisprudence in the Evolution of the Protection of Human Rights**

By *Andreas Krell*

The article outlines the contemporary discussion and the attained level in the legal protection of human rights in Brazil. The Federal Constitution of Brazil of 1988 has established a huge catalogue of individual and collective rights, which are accompanied by some new process instruments. There are different juridical-doctrinal approaches to the constitutional norms containing human rights, which are still suffering from the traditional formalistic method of interpretation, rejecting a material control based on terms of equity and justice. The most important concepts and dogmatic questions about the immediate application of human rights, their restriction by legislative acts as well as their protection from amendments are resumed.

Sociological aspects such as the limitation of intellectual preparation of the Brazilian judges in their virtual new role as "social actors" are discussed in this context. The article shows that the classical theories of judicial self restraint and division of powers, as parts of the doctrine of rule of law, have to be considered, in developing countries, from a different perspective than in Europe or North America. Therefore, the author is questioning the attained effectiveness in the realisation of human rights in the Brazilian legal system and analyses the legal possibilities ("writs") to declare illegal the omission of appropriate social legislation by the federal and state parliaments and the necessary acts of distribution from the organs of public administration. The author comes to the conclusion that the huge gap between the social rights guaranteed by the constitutional text and the real social situation which is dominated by the most urgent problems of poverty, lack of education and public health has to be filled applying a modern, progressive method of interpretation in the legal practice of courts of law and the administration. This new attitude may culminate in the attribution of subjective rights in cases, in which the quality of the basic public services provided by the state declines beneath a minimum standard which is necessary to maintain the human dignity of the individual.