

# **Geschichte der Verfassungsnormenkontrolle durch die sieben Verfassungen Brasiliens: Zwischen Globalität und Lokalität**

\*Ricardo Resende Campos

## **Abstract**

“From the legal transplants theory, the present work reports on the history of the Brazilian judicial review based on two models of global judicial review; on the one side, the kelsenian, on the other side, the American. From those view points, it is shown how the Brazilian constitutionalism oscillates between the two models of global judicial review.”

Keywords: legal transplants, judicial review, Brazil

## **1. Einführung**

„Legal Transplants“ sind nicht Gegenstand der aktuellen Rechtswissenschaft, die erst in den letzten Zeiten entstanden sind. So formuliert Watson in diesem Zusammenhang die zentrale Aussage: „The phenomenon of transplantation is not restricted to the modern world“<sup>1</sup>. Um dies zu unterstreichen bezieht sich Watson auf den Hammurabi Code als Beispiel. Dem ungeachtet, befindet sich heutzutage die Rechtsvergleichung in einer ganz anderen und gesteigerten komplexen Welt, die sich nicht mehr mit der erwähnten Zeit vergleichen lässt.

Die Revolution, die das Recht in den letzten fünfzig Jahren erfahren hat, nämlich die Globalisierung und Konstitutionalisierung des Völkerrechts, wirken tiefgreifend in den Kern unseres (Vor-)Verständnisses des (staatlichen) Rechts: die Produktion des Recht durch die Politik.

---

\* Ricardo Resende Campos ist derzeit Student der Rechtswissenschaften an der Bundesuniversität Juiz de Fora, Brasilien und war für zwei Jahre Student der Rechtswissenschaften in Frankfurt am Main und Passau.

<sup>1</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants*, Athens and London, 1974, S.21-30

Die Rechtsvergleichung bzw. die Legal Transplants, sind kontinuierlich und immer noch auf den Begriff des Staates konzentriert und gleichzeitig auf diesen angewiesen. Mit der Entstehung autonomen privaten Regimes jenseits des Staates<sup>2</sup> und Verrechtlichung jenseits dessen<sup>3</sup>, ist nun fraglich ob der Staat immer noch eine wichtige Rolle wie früher spielt.

In dieser Weltgesellschaft, die nicht mehr staatzentriert konzipiert werden kann, bleibt die Frage, welche Rolle spielt die Rechtsvergleichung in diesem Zusammenhang wo ihre Basis an Bedeutung verliert, offen. Oder könnte man dagegen auch annehmen wie Klaus Günther, „ob davon wirklich die ganze Welt oder nur der kleinere, aber dominierende und expandierende Teil der wohlhabenden Länder des Nordens erfasst wird.“<sup>4</sup>

Wenn man Legal Transplants vor Augen hat, erweckt die Rechtsvergleichungsstudie einerseits häufig den Anschein, dass solche Untersuchungen lediglich auf eine elementare und objektive Gegenüberstellung ähnlicher Instituten von unterschiedlichen Ländern abstellt. Watson fängt diesen Gedanken in folgender Kernaussage auf: „law is rules and only that“<sup>5</sup>, wobei diese Regeln wiederum von den Komparatisten untersucht werden.

Im Rahmen dieser Einordnung setzt diese vergleichende Arbeit an. Die vorliegende Seminararbeit zentriert sich auf eine kurze Rechtsvergleichende Studie; nämlich eine Untersuchung nach den Eigenartigkeiten und Gemeinsamkeiten der sieben Verfassungen Brasiliens betreffend der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Modelle in bezug auf deren europäische und amerikanische Einflüsse.

Ganz gewiss setzt der Vergleich die Kenntnis der fremden Rechtsregel voraus. Dennoch soll eine solche Studie nicht in die Naivität einer Objektivität der Methode eingehen. Vielmehr ist der semantische Kontext der Normen zu beachten in dem sie entstanden sind. Als zentrale Momente des Vorgangs seien die De-Kontextualisierung und die Re- Kontextualisierung hervorzuheben. Nicht nur ein bloßer Vergleich der Ähnlichkeiten soll erzielt werden, vielmehr steht die Suche

---

<sup>2</sup> dazu grundsätzlich Teubner, Gunther, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatzentrierten Verfassungstheorie*, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63, 2003, 1-28

<sup>3</sup> Grimm, Dieter: *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, in: Brenner, Michael / Huber, Peter und Möstl, Markus (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*. Festschrift für Peter Badura, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 145 – 167

<sup>4</sup> Günther, Klaus, *Rechtsppluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*, in G. Wingert (Hg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, 2001, S. 539ff.

<sup>5</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants*, Athens and London, 1974, S.21-30

nach einer neuen Bedeutung der Re- Kontextualisierung im Vordergrund dieser Arbeit.

Es soll gezeigt werden, dass Globalität und Lokalität, als zwei gegenseitige Pole, verschmelzen ineinander und das Objekt oszilliert in einen rekontextualisierten Bereich wo nicht so klar ist, ob die vergleichende Norm noch mit ihrem ursprünglichen Wesen übereinstimmt. Auf Grund dessen, hat diese Rechtsvergleichende Studie keine rein logische Betrachtungsweise.

Vielmehr ist Rechtsvergleichung ein interkulturelles Abenteuer, in dem das Fremde durch die Anerkennung des eigenen ethologischen Blicks lehrreich wirken kann. In der „Übung des Unterschieds“<sup>6</sup> ist die Distanzierung ein wichtiger Bestandteil, um sich auf einen Dialekt des Lernens einzulassen können.

Im Falle Brasiliens lässt sich nicht anders verfahren. Um das Fremde, welches häufig als exotisch charakterisiert wird, verstehen und draus lernen zu können, bedarf es ebenfalls an einer distanzierten Untersuchung. Da Brasilien von Portugal kolonisiert und nach der Unabhängigkeit im Jahre 1822 noch die portugiesischen Gesetze in dem befreiten Land galten, könnte man sagen, dass die Legal Transplants bereist vor der Entstehung des Landes stattgefunden haben.

Nach Paulo Bonavides<sup>7</sup>, einer der berühmten Staatslehrer Brasiliens, sind drei verschiedenen Phasen deutlich zu unterscheiden, wenn man die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Geschichte dieses Landes erforschen will: die erste Phase war an dem französischen Modell in dem XIX Jahrhundert verbunden während die zweite an der amerikanischen Rechtstradition anschloss. Die gegenwärtige dritte Phase kennzeichnet sich durch die Einflüsse des deutschen Rechts der letzten fünfzig Jahren. In diesem Zusammenhang wird die Lokalität und Globalität der Verfassungsnormenkontrolle in der Geschichte Brasiliens gesucht.

## **2. Die sieben Verfassungen und ihre Geschichte**

---

<sup>6</sup> Frankenberg, Gunter, Kritische Rechtsvergleichung Versuch die Rechtsvergleichung zu beleben, Autorität und Integration, 2003, S.299 ff.

<sup>7</sup> Bonavides, Paulo, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva 2004.

Im Unterschied zu Europa, entwickelte sich die Konstitutionalisierung Brasiliens anders. In Europa richtete sich der Vorrang des Konstitutionalismus stets gegen Absolutismus; Brasilien und Lateinamerika hingegen spiegelten den Antikolonialismus wieder<sup>8</sup>.

Brasilien war vor kurzen, nämlich den 7 September 1822, von Portugal unabhängig geworden. Mit der Unabhängigkeit erhielt England Privilege durch die Öffnung der brasilianischen Häfen für die befreundeten Nationen (1808); die Anerkennung der Unabhängigkeit selbst wurde zwischen Portugal und England ausgehandelt. England bezahlte dabei einem hohen Beitrag.

Das Land war durch eine oligarchische Struktur organisiert. Die Monokulturen des Kaffees und des Zuckerrohrs spielten eine wichtige Rolle in einer hervorragenden Agrar- und Sklavenstruktur.

## **2.1 Die Verfassungscharta von 1824**

Nach der Unabhängigkeit Brasiliens im Jahre 1823 wurde in dieses Szenario eine konstitutionelle Versammlung errichtet, um den neuen Verfassungstext zu erfassen. Obwohl die Versammlung eingerichtet und tätig geworden war, löste Kaiser D. Pedro I sie wieder auf und oktroyierte die erste Verfassung. Trotz der Auflösung der Versammlung folgte die kaiserliche Verfassung in großen Teilen den Entwürfen dieser Versammlung<sup>9</sup>. Das Modell für die kaiserliche Verfassung war die französische Verfassung mit wörtlicher Nachahmung von mehreren Artikeln.

Der brandneue Staat wurde durch den Parlamentarismus und der Gewaltenteilung organisiert. Die Gewaltenteilung war der Ausdruck einer globalen Bewegung des Liberalismus auf Grund der weltweit verbreiteten französischen Tradition einer Verfassung von 1791. In der kaiserlichen Verfassung wurde die Gewaltenteilung durch den Artikel 95 eingeführt.

Das besondere Merkmal dieser Verfassung war die sogenannte „Poder Moderador“ (Mäßigende Gewalt art. 98-101) als eine vierte Gewalt neben der

---

<sup>8</sup> Neves, Marcelo, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin, Duncker und Humbolt, 1992.

<sup>9</sup> Bastos, Celso, Curso de Direito Constitucional, Celso Bastos Editor, 1998, S. 104

klassischen staatlichen Gewalt nämlich Judikative, Legislative und Exekutive, die nach den französischen Mustern gegründet worden war. Aber merkwürdig oder singulär in dieser Konstruktion ist die Überordnung des „Poder Moderador“ den anderen klassischen Gewalten.

Der „Poder Moderador“ war im Sinne der königlichen Gewalt von Benjamin Constant gedacht und wurde nur in Brasilien implantiert<sup>10</sup>. Seine Funktion unterscheidet sich von der ursprünglichen gedachten Formel Benjamins und diente der Sicherung der persönlichen Macht des Königs und nicht der Stabilisierung der Beziehungen zwischen den Staatsgewalten.

Während in Europa bzw. in Frankreich die Doktrin der Gewaltenteilung durchgezogen worden war, war in Brasilien diese vierte Gewalt den anderen übergeordnet und ermöglichte dem König unter anderem die Ernennung und Entlassung von Ministern (Art. 101, Abs.6), Suspendierung von Richtern (Art. 101, Abs. 7), und die Auflösung von Abgeordnetenkammern ( Art. 101, Abs. 5).

Beeinflusst von den europäischen Strömungen des Liberalismus, gewährleistete die Verfassung Brasiliens von 1824 auch die bürgerlichen und politischen Grundrechte (Art. 179). Trotz dieser neuen „universalen“ Garantien wurde die Sklaverei zu jener Zeit legitimiert durch die Staatsangehörigenlehre (Art.6, Abs.1) mit der Unterscheidung von „frei geborenen“ Sklaven und „befreiten“ Sklaven<sup>11</sup>. Im Hinblick auf die politische Teilnahme war das Wahlrecht ziemlich eingeschränkt, ohne Garantie der geheimen Stimmabgabe zum Schutz der Oligarchien.

Wie bereits angedeutet, folgte die Erste Verfassung Brasiliens nicht der Verfassungsbewegung Europas im Sinne eines bürgerlichen Rechtsstaates wie nach Habermas „die Bürger als Privatleute einklagbare subjektiv-öffentliche Rechte gegenüber einem Souverän, an dessen Willensbildung sie freilich noch nicht demokratisch teilnehmen“<sup>12</sup> insbesondere auf Grund des „Poder Moderador“ und der sozialen Bedingungen.

## 2.2 Die Verfassung von 1891

---

<sup>10</sup> Bonavides, Paulo u. Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, Brasília, Paz e Terra, 2002 S.105 ff

<sup>11</sup> Bastos, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, Celso Bastos Editor, 1999, S.119

<sup>12</sup> Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. S. 527 ff.

Durch einen Putsch am 15. November 1889 begann ein neues Zeitalter: das kaiserlichen Systems wurde abgeschafft, die Republik gegründet.

Der Übergang von der alten Verfassung zur Republik war mit verschiedenen sozialen Ereignissen verbunden. Nämlich Religionsstreit, Militärstreit und Abschaffung der Sklaverei<sup>13</sup>. Das kaiserliche System verlor dadurch seine Unterstützungsbasis.

Die neue Verfassung war geprägt von zwei Ideenwerten: und zwar dem französischen Positivismus von Auguste Comte<sup>14</sup> und dem nordamerikanischen Konstitutionalismus als Resultat der Versammlung von 1890-1891.

Aufgrund der zunehmenden Hegemonie der Vereinigten Staaten in ganz Lateinamerika, übte die USA einen großen Einfluss auf das republikanische Brasilien aus. England hingegen verlor mehr und mehr an Einfluss.

In der neuen Verfassung sind die Liberaldemokratie, der Päsidentalismus und Föderalismus Merkmale nach dem Vorbild der USA<sup>15</sup>. Besonderheiten dieser Verfassung sind die Einschränkung der Wahl durch den Ausschluss von Analphabeten und Bettlern (Art. 70 §1 Abs. 1 und 2). Die Erklärung der Grundrechte (Art. 72-78) umfasst auch das Institut des Habeas Corpus. Die Gewaltenteilung (Art. 1 bis 15) wurde wieder eingeführt, aber dieses Mal ohne der „Poder Moderador“ als übergeordnete Gewalt.

### **2.3 Verfassung von 1934**

Die Krise von 1929 und die Krise der brasilianischen Kaffeewirtschaft löste die politische Struktur der „Alten Republik“ auf und wurde von 1930 bis 1934 bestimmt durch eine Versammlung, welche die neue Verfassung festhielt.

Diese war geprägt von der Idee eines demokratischen und sozialen Rechtsstaates nach dem Vorbild der sozial-demokratischen Weimar Republik von

---

<sup>13</sup> Bonavides, Paulo u. Paes de Andrade, História constitucional do Brasil, Brasília, Paz e Terra, 2002 S.115 ff.

<sup>14</sup> Das Motto der brasilianischen Flagge ist mit der positivistischen Überlegung zu lesen: „Ordem e Progresso“

<sup>15</sup> Silva, Jose Afonso, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2003, S. 78

1919. Als Beispiele seien genannt die Wirtschafts- und Sozialordnung (Titel IV, Art. 115-145) die Bestimmungen über die Familie, die Erziehung und die Kultur (Titel, Art. 144-158). Der Föderalismus blieb auch als Organisationsprinzip des Staates erhalten.

Diese neue soziale Tendenz wirkte noch weiter hinein in die Staatsorganisation. Erstmals wurden Ministerien für Arbeit, Krankenversorgung und den Handel errichtet.

In dem verfassungsrechtlichen Bereich kam es zu einer universalen Errungenschaft wie die Geheime Wahl, das Wahlrecht der Frauen und die Wahljustiz. Die Analphabeten blieben weiterhin ausgeschlossen.

Noch markant in dieser Verfassung war die Konzipierung der Gewaltenteilung. Es gab die drei klassischen Gewalten. Im Legislativen wurde durch den Artikel 88 eine Sonderform des „Poder Moderador“ wieder eingeführt. Einer der Kammern, der sogenannte „Senado Federal“, hatte die Kompetenz über die anderen Gewalten. In diesem Sinne schien diese neue Auffassung wie der „Poder Moderador“ der kaiserlichen Verfassung. Alle Macht konzentrierte sich nun auf den „Senado Federal“ (Kammer des Parlaments)<sup>16</sup>.

## **2.4 Verfassung von 1937**

Die vierte Verfassung war durch einen Putsch von dem Präsident Getúlio Vargas am 10. November 1937 oktroyiert worden. Damit wurde eine neue Diktatur durchgesetzt, die „Estado Novo“ (autoritärer Nationalstaat) hieß.

Die neue Verfassung entstand zum Anlass gegen den gesteigerten Kommunismus. Die polnische Verfassung diente als Muster und verlieh dem Präsidenten eine unbegrenzte Macht<sup>17</sup>. Sie näherte sich an die faschistischen Modelle, die in Europa zu dieser Zeit entstanden.

---

<sup>16</sup> Mendes, Ferreira Gilmar, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor, 1999, S.228

<sup>17</sup> Bonavides, Paulo u. Paes de Andrade, História constitucional do Brasil, Brasília, Paz e Terra, 2002 S.333 ff.

Der Geist der Verfassung war autoritärer und gleichzeitig sozialer gestaltet. Die deutschen Einflüsse der Weimar Republik waren deutlich in dieser Verfassung zu sehen; insbesondere im Hinblick auf die soziale Ordnung durch eine umfangreiche Arbeitsgesetzgebung.

Nach dem 2. Weltkrieg sind die autoritären faschistischen Staaten in Europa gestürzt worden. Der „Estado Novo“ konnte nicht mehr in dieser Form weiterleben. Im Oktober 1945 kam es daher in der Geschichte Brasiliens zu einer neuen Versammlung, welche zur Gründung einer neuen Verfassung führte.

## **2.5 Die Verfassung von 1946**

Nach dem Ende des 2. Weltkrieges und der Niederlage des Nationalsozialismus in Europa konnte die Diktatur Vargas nicht mehr überleben. Am 28.2.1945 bestimmten neue direkte Wahlen die Wiederherstellung der Demokratie.

Eine verfassungsgebende Versammlung wurde im Jahre 1946 etabliert. Die Versammlung enthielt zum Ersten Mal eine parteipolitische Heterogenität wie die markante Vertretung der kommunistischen Partei<sup>18</sup>.

Die neue daraus entstandene Verfassung schloss wieder die Gewaltenteilung (art. 36), den Päsidentialismus (Art. 78 bis 93) und den Föderalismus ein. Auf Grund der Einflussnahme der europäischen und amerikanischen Tradition wurden die persönlichen Grundrechte(Art. 141 bis 144) eingerichtet. Immer noch auf den Spuren der Weimar Republik waren deren Einflüsse noch erkennbar insbesondere im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung (Art. 145-162).

Aus diesem Kontext heraus entstand eine reformistische Gruppe verbunden mit dem Präsidenten Joao Goulart (linksgerichtet), welche für die Basisreformen kämpften. Diese soziale Bewegung erzeugte Reaktionen der herrschenden Gruppen im Inland und Ausland. Im Namen der „Wiederherstellung der Ordnung“ führten die Militärs einen Putsch im Jahre 1964 herbei, unterstützt von den Vereinigten Staaten.

---

<sup>18</sup> Neves, Marcelo, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin, Duncker und Humboldt, 1992, S.132.

## **2.6 Verfassung von 1967**

Die Verfassung von 1946 wurde von den Militärs 1967 aufgehoben. Durch die „Atos Institucionais“ wurden die Grundrechte eingeschränkt und die Zweiparteiensysteme durchgesetzt. Die Zuständigkeit des Präsidenten wurde wie in allen autoritären Regimes hypertrophiert; als Folge dessen wurde die Gewaltenteilung aufgelöst.

Die Verkündung der Verfassung fand bei eingeschränkter Anwesenheit des Nationalkongresses und deutlicher Kontrolle der Militärs statt. In dieser autoritären Verfassung war die Zentralisation der Macht bei der Exekutive und der indirekten Wahl zur Präsidentschaft gemäss dem Artikel(76 bis 77) zu erkennen<sup>19</sup>.

Mit dem „Ato Institucional“ N. 5 von Dezember 1968 wurde die Macht der Exekutive verstärkt. Nach diesem Ausnahmegesetz konnte der Präsident politische Rechte(Art.4) „Habeas Corpus“(Art. 6 und 10) suspendieren, politische Mandate(Art. 5) aberkennen, und das Parlament beurlauben (Art.2). Es handelte sich um einen reinen Autoritarismus, und die Verfassung als solche verlor an Bedeutung.

Im Januar 1979 traten die „Ato Institucional“ N. 5 und die anderen „Atos Institucionais“ außer Kraft und damit fing der sogenannte „Eröffnungsprozess“ an.

## **2.7 Die heutige Verfassung von 1988**

Am Anfang der 80er Jahre kam es zu einer zunehmenden Opposition gegen die Militärregierung und als Ergebnis dessen wurde wieder eine indirekte Wahl im Oktober 1984 errichtet. Um den Appell zur Wiederherstellung der Demokratie widerzuspiegeln, trug die neue Regierung den Nationalkongress an, eine neue verfassungsgebende Versammlung einzurichten.

Am 5. 10. 1988 wurde die neue Verfassung verkündet. Wie nie zuvor in der Geschichte Brasiliens enthielt sie eine ideologische Heterogenität als Ergebnis der breiten parteipolitischen Partizipation. Dies wurde zum Beispiel deutlich mit der

---

<sup>19</sup> Bonavides, Paulo u. Paes de Andrade, História constitucional do Brasil, Brasília, Paz e Terra, 2002 S.457 ff.

Erweiterung des Sozialen Rechts(Art.6 bis 11) einschließlich des Streikrechts(Art.9) und der Enteignungsmöglichkeit eines nicht produktiven Grundstücks im Sinne des Artikels 185 II<sup>20</sup>.

Mit der Abschaffung der autoritären Vorschriften aus der Zeit der Diktatur gewann die Verfassung einen umfangreichen Grundrechteskatalog (Titel II, Art. 5 bis 17) entsprechend dem eines modernen demokratischen Staates. Die Gewaltenteilung aus dem Artikel 2<sup>21</sup> spiegelt den europäischen und nordamerikanischen Sinn der Tradition des Liberalismus wider.

Der Föderalismus setze sich eine dezentralisierende Orientierung durch die Erweiterung der Zuständigkeiten der Bundesstaaten und Stadtgemeinde(Art. 21 bis 24).

Die Einflüsse des deutschen Rechts auf die neue brasilianische Verfassung sind markant. Der Schutz der Menschenwürde wurde in dem Artikel 1 als oberster Wert aufgenommen obgleich in ganz anderen Kontext als die deutsche Verfassung<sup>22</sup>. Die Grundrechtkollisionen in Brasilien gehen zurück auf die Abwägungslehre Deutschlands<sup>23</sup>.

Im Zusammenhang mit dieser Darstellung der Rechtsentwicklung in Brasilien, wird im nächsten Kapitel die Normkontrolle dargestellt, insbesondere im Hinblick auf die Einflüsse von außen und deren Abwandlung bei der Umsetzung.

### **3.Globalität und Lokalität der Verfassungsgerichtsbarkeit in der verfassungsrechtlichen Geschichte Brasiliens**

---

<sup>20</sup> Bonavides, Paulo u. Paes de Andrade, História constitucional do Brasil, Brasília, Paz e Terra, 2002 S.670 ff

<sup>21</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (Sind Gewalten des Bundes, voneinander unabhängig und harmonisch, die Legislative, Exekutive und Judikative)

<sup>22</sup> In Deutschland ist der Menschenwürde in der Dogmatik der Grundrechtkollision umstritten in Hinblick auf den Schutzbereich und deren Rolle als normalem Grundrecht. Siehe Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II C.F. Muller, 2005S.82

<sup>23</sup> Mendes, Ferreira Gilmar, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor , 1999, S.228

Wenn wir die Verfassungsgerichtsbarkeit in Latein America oder auf der globalen Ebene überhaupt vor Augen haben, scheinen zwei bedeutende Idealtypen der Normenkontrolle; nämlich das österreichische (europäische) und amerikanische Modell.

Es ist das Ziel des vorliegenden Teils der Arbeit in der Verfassungsgeschichte Brasiliens die ursprünglichen Modelle zu suchen und dann darzustellen, wie diese im Laufe der Geschichte durch das brasilianische Rechtssystem beeinflusst wurden um schließlich, die Besonderheiten und Allgemeinheiten dieser Rechtsordnung beschreiben zu können. Durch die gegenwärtige Untersuchung zeigt deutlich, dass die Gegenüberstellung von Globalität und Lokalität in der Verfassungsgerichtsbarkeit Brasiliens ein dialektisches Spiel widerspiegelte. Die Adoption eines fremdländischen Modells ist immer auf deren Anpassung an der betrachtenden Rechtskultur angewiesen.

Zunächst erscheint es angebracht, kurz das so genannte amerikanische und das österreichische Modell zu skizzieren um die Basis der Debatte und der Entwicklung der Normenkontrollen in Brasilien seit der kaiserlichen Verfassung bis zu der gegenwärtigen Rechtsordnung Brasiliens dem Leser zu verdeutlichen.

### **3.1 Das amerikanische System**

Prinzipiell und zugespitzt ist das amerikanische Modell der Normenkontrolle sehr eng an der Administration des Justiz („administration of justice“)<sup>24</sup> gebunden. Dieses System wird als dezentralisiert bezeichnet, weil die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nur im Rahmen einer konkreten Angelegenheit vorgebracht werden darf. Die Entscheidung des Richters in diesem Fall erklärt Normen nur verfassungswidrig soweit diese für die betroffenen Parteien gelten.

Im diesen inzidenten richterlichen Prüfungsrecht wird die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines Verwaltungsakts immer in dem einzelnen Fall geprüft und die Wirkung des Urteils die daraus entsteht, bezieht sich

---

<sup>24</sup> Jackson, Vickil; Tushnet, Mark, Comparative Constitutional Law, 2. Aufl, Foudation Press, 2006 S. 114

nur auf den einzelnen Fall<sup>25</sup>; d.h. die Unanwendbarkeit des betreffenden Gesetzes wirkt nur auf den konkreten Fall, also zwangsläufig nur zwischen den Parteien des Rechtsstreites.

Diese Überlegung führt weiterhin zur möglichen (Nicht-)Notwendigkeit eines Oberen Gerichts um über die Verfassungswidrigkeit zu entscheiden. In den USA gibt es, im Gegensatz zu dem europäischen Modell, keinen Unterschied zwischen den Prozessen und den zuständigen Gerichten wie z. B. Ordentliche Gerichte, Arbeitsgerichte, Sozialgerichte, Verwaltungsgerichte, Finanzgerichte usw. Die verfassungsrechtlichen Prozesse dürfen von allen Gerichten entschieden werden und die Wirkung des Urteils hat keinen „erga omnes“-Effekt.

## 4.2 Das österreichische System

Das kontinental-europäische Modell der Normenkontrolle ist der Mitwirkung des weltbekannten Hans Kelsen an der österreichischen Verfassung von 1920<sup>26</sup> zu verdanken. Seine Ausbreitung ist sehr markant in Europa; namentlich sind Österreich (seit 1920), Deutschland (seit 1951), Italien (seit 1956), Frankreich (1958), Zypern (1960), die Türkei (1961), Jugoslawien (1963), Portugal (1976 und 1983), Spanien (1980), Belgien (1984) und Polen (1985) als wichtige Beispiele<sup>27</sup> zu nennen.

Im Gegensatz zu dem amerikanischen Modell, ist das europäische als *konzentriert* zu bezeichnen. Die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder eines Hoheitsaktes wird von einem Oberen Gericht geprüft. Die Entscheidungskompetenz steht dem Oberen Gericht zu; durch einen ordentlichen Richter kann die Streitfrage nicht entschieden werden. Nur das spezialisierte Organ ist dafür zuständig.

Während das amerikanische Modell als inzidentuell und diffus zu bezeichnen sein mag, ist das europäische auf die Hauptsache bezogen, d.h. dass dieses System ist allgemein und konstitutiv. Aus diesen Eigenschaften ergibt sich die Einräumung eines Antragsrechts in der abstrakten Normenkontrolle.

Die Wirkung des Urteils des Oberen Gerichtshofs ist nicht nur deklaratorisch wie in dem gegenübergestellten System; es bekommt einen „erga omnes“-Effekt, d.h.

---

<sup>25</sup> Jackson, Vickil; Tushnet, Mark, Comparative Constitutional Law, 2. Aufl, Foudation Press, 2006 S. 114 ff.

<sup>26</sup> Jackson, Vickil; Tushnet, Mark, Comparative Constitutional Law, 2. Aufl, Foudation Press, 2006 S.115

<sup>27</sup> Jackson, Vickil; Tushnet, Mark, Comparative Constitutional Law, 2. Aufl, Foudation Press, 2006 S.117

wenn das Gericht die Unwirksamkeit der betroffenen Norm verkündet, wird es nicht nur als unanwendbar betrachtet, sondern vielmehr vernichtet.

### 3.2 Singularität und Allgemeinheit der brasilianischen Normenkontrolle

Die erste Verfassung Brasiliens von 1824, wurde, wie bereits angedeutet, von der französischen Verfassung der Restauration (1814) beeinflusst. Das Parlament übte gemäß Art. 15 Abs. 8 und 9 die Verfassungsnormenkontrolle in der kaiserlichen Verfassung aus; jedoch schien eine solche Normenkontrolle überhaupt nicht bedeutsam, denn der zum „Poder Moderador“ ermächtigte Kaiser hatte eine politische uneingeschränkte Gewalt (Art. 98-101).

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tradition der brasilianischen Rechtskultur fing mit der republikanischen Verfassung von 1891 an. Auf Grund des Einflusses der amerikanischen Rechtstradition durch den berühmten Jurist Rui Barbosa, gewann die Rechtsordnung einige inzidentielle oder diffuse Züge in Hinblick auf die Verfassungsnormenkontrolle. Diese Errungenschaft kam eigentlich nicht mit der Verfassung selbst sonst durch das „Decreto n.º 510“, vom 22. Juni 1890 (Art. 58, §1, a. und b.) in damalige vorläufige Verfassung und wurde dann ein Jahr später in die Verfassung eingeführt<sup>28</sup>.

An dieser Stelle scheint es eine Singularität der brasilianischen Rechtskultur verglichen mit der amerikanischen Rechtstradition zu geben. In den USA entwickelte sich die „*judicial review*“ durch die Rechtsprechung in dem weltberühmten Fall „*Marbury vs. Madison*“<sup>29</sup>, aber im Gegensatz zu dieser stand jene rechtliche Errungenschaft in der republikanischen Verfassung von 1891.

Nach dem Muster der sozialdemokratischen Weimer Verfassung, erscheint die Verfassung von 1934 mit zwei verschiedenen Innovationen, und zwar einerseits in Hinblick auf die diffuse Normenkontrolle und andererseits auf die neu eingeführte abstrakte Normenkontrolle. Bezüglich der inzidentiellen Normenkontrolle und auf Grund der daraus folgenden Unsicherheit dieses Systems, wurde eine neue Regelung

---

<sup>28</sup> Mendes, Ferreira Gilmar, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Celso Bastos Editor, 1999, S.228

<sup>29</sup> Jackson, Vickil; Tushnet, Mark, *Comparative Constitutional Law*, 2. Aufl, Foundation Press, 2006 S.110

eingeführt. Gemäß dem Artikel 179, konnte die deklaratorische Verfassungsmäßigkeitsentscheidung nur durch eine Mehrheitsabstimmung der Mitglieder der Gerichte erfolgen.

Hinsichtlich der brandneuen abstrakten Normenkontrolle handelt es um eine Art von *direkter Klage*, eine sogenannte *interventive Feststellungsklage*. Der Artikel 12 V Abs. 2 der Verfassung von 1934 erkennt diese neue Möglichkeit an. Es ging um föderative Streitigkeiten die auf die Feststellung eines Verstoßes gegen *sensible Prinzipien* (Bundesstaatsprinzipien), die auf eine Handlung oder Unterlassung eines Landes (Art.12 i. V. m. Art. 7 I a., h.) abzielten<sup>30</sup>. Zugespielt handelte sich um die Wirkung eines interventiven Gesetzes, das dem Parlament die Initiativkompetenz zuwies (Art. 41, § 3), auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, ob das Landesgesetz verfassungsmäßig war, hinzuwirken. (Nicht sicher, ob ich den vorherigen Satz verstanden hab.) Dem Bundesstaatsanwalt war das Antragsrecht anvertraut.

Die Feststellungsklage wurde mit kleinen Modifizierungen in die Verfassung von 1946 übernommen. Inzwischen galt die Verfassung von 1937 die auf Grund der Ähnlichkeit mit der Verfassung des Pilsudki-Regimes als „*polnische Verfassung*“ bekannt war. In ihrer Präambel stand den Kampf gegen den Kommunismus als Ziel.

In dieser antidemokratischen Verfassung konnte das Parlament nach Artikel 96 durch eine qualifizierte Mehrheit ein Gesetz aufheben. In solchen autokratischen Regime wirkte in verschiedenen Arte und Weise faschistischen Einflüsse und verlor infolgedessen die Normenkontrolle an Bedeutung.

Wie bereits angedeutet worden ist, wurde die Feststellungsklage als jüngste abstrakte Normenkontrollformel in der Verfassung von 1946 wieder eingeführt. Ein Verstoß gegen die sensiblen Prinzipien erlaubte die Bundesintervention erst nach der Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch ein Urteil des Obersten Gerichtshofes. In Hinblick auf das inzidentuell Modell änderte sich nichts. Alle Gerichte konnten die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes prüfen und seine Nichtigkeit für den einzelnen Fall bestimmen.

Durch die militärische Bewegung vom April 1964 erlebte die Verfassungsordnung einen Umbruch. Die neue Ordnung erließ die Verfassungsnovelle Nr. 16 von 1965 mit Vorschriften die ähnlich mit der *interventiven Feststellungsklage* waren. Dieses Mal war die Bundesgeneralstaatsanwalt, der von dem Präsidenten ernannt wurde, diejenige der das Antragsrecht anvertraut worden war. Damit ist der

---

<sup>30</sup> Mendes, Gilmar Ferreira, Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil, Editora Saraiva, 2004 S. 180ff.

Vorschlag Kelsens der Bestellung eines „Verfassungsanwalts“ um das Verfahren an zu stoßen, gelungen<sup>31</sup>.

Diese Art von abstrakter Kontrolle war eine Form der direkten Klage um ein Homogenitätsgebot<sup>32</sup> zu schaffen. Bezüglich der diffusen Normenkontrolle gab es noch keine Änderung.

In den folgenden Jahren wurden die so genannten institutionellen Akte eingeführt. Sie führten zu einem diktatorischen Staat. Die Verfassungsnormenkontrolle verlor ihre Bedeutung in diesem Zusammenhang. Erst im Jahre 1985, in der Verfassungsversammlung, wurde das Thema wieder diskutiert.

In der heutigen, demokratischen Verfassung vom 5. Oktober 1988 trat eine kopernikanische Wende in dem Bereich der Verfassungsnormenkontrolle ein. Das Antragsmonopol des Bundesgeneralstaatsanwalts wurde aufgehoben.

In dieser Verfassung wurde einerseits die abstrakte Normenkontrolle erweitert und andererseits ihre Appellationszuständigkeit (ist das hier gleichbedeutend mit „Initiativkompetenz“?) eingeschränkt. Die Erweiterung der Antragsberechtigung ist bedeutsam ca. 100 Antragsberechtigten nach dem Artikel 103 der Verfassung von 1988.

Betreffend der inzidentiellen Normenkontrolle ist noch hervorzuheben, dass dieses System der Verfassungsgerichtsbarkeit an Bedeutung verloren hat, weil die heutige Verfassung mit der bereits angedeuteten Erweiterung der Antragsberechtigung bewirkt, dass fast alle rechtliche Streitigkeit vor den Obersten Gerichtshofes gebracht werden können.

Im Folgenden ist noch der ganze Prozess der Umwandlung der zwei berühmtesten Systeme der Normenkontrolle zu interpretieren. In Brasilien lässt sich eine Wandlung von einer diffusen Form, mit Einflüssen der amerikanischen Tradition, zu einer abstrakten Form erkennen, welche auf dem europäischen Muster aufgebaut ist.

---

<sup>31</sup> Mendes, Gilmar Ferreira, Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil, Editora Saraiva, 2004 S. 7

<sup>32</sup> Mendes, Gilmar Ferreira, Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil, Editora Saraiva, 2004

## **Literaturverzeichnis**

Bonavides, Paulo, Curso de Direito Constitucional, Eitora Saraiva 2004.

Bonavides, Paulo u. Paes de Andrade, História constitucional do Brasil, Brasília, Paz e Terra, 2002

Frankenberg, Gunter, Kritische Rechtsvergleichung Versuch die Rechtsvergleichung zu beleben, Autorität und Integration, 2003

Günther, Klaus, Rechtspluralismus und universal Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in G. Wingert (Hg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, 2001

Grimm, Dieter: Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Brenner, Michael / Huber, Peter und Möstl, Markus (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura, Tübingen: Mohr Siebeck 2004

Habermas, Jürgen, Theorie des kommunikativen Handels, 1. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995

Jackson, Vickil; Tushnet, Mark, Comparative Constitutional Law, 2. Aufl, Foudation Press, 2006

Mendes, Ferreira Gilmar, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor , 1999

Mendes, Gilmar Ferreira, Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil, Editora Saraiva, 2004

Neves, Marcelo, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin, Duncker und Humbolt, 1992

Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II C.F. Muller, 2005.

Silva, Jose Afonso, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2003

Teubner, Gunther, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63, 2003

Watson, Alan, Legal Transplants, Athens and London, 1974