DIE NORMENKONTROLLE IM BRASILIANISCHEN VERFASSUNGSRECHT - 2001, 2002 e 2004

Sexta-Feira, 3 de Abril de 2020 16:06:19

SONDERDRUCK AUS

STAAT · KIRCHE · VERWALTUNG

FESTSCHRIFT FÜR

HARTMUT MAURER

ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN

VON

HANS-WOLFGANG ARNDT

MAX-EMANUEL GEIS

DIETER LORENZ

VERLAG C.H. BECK MÜNCHEN 2001

.

ARTIGO

AUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM:

- Hans-Wolfgang Arndt; Max-Emanuel Geis Dieter Lorenz (Org.). Staat-Kirche-Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag. 1ed. München: Verlag C. H. Beck, 2001, v. 1, p. 111-126

- Revista da Faculdade de direito da UFRGS, Porto Alegre, p. 111-129, n. 22 2002

- Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito (UFRGS), Porto Alegre, v. 2, p. 249-266, 2004

DISPONÍVEL EM:

https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/87055/49984

https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49198/30830

Anexos: 9

LUIS AFONSO HECK

Die Normenkontrolle im brasilianischen Verfassungsrecht*

I. Einleitung

Am 5. Oktober 1988 ist die brasilianische Bundesverfassung (BV) in Kraft getreten. Im Bereich der Normenkontrolle ist der Einfluß des europäischen Verfassungsrechts wieder sichtbar. Nach Art. 102, caput, BV hat das oberste Bundesgericht die Aufgabe erhalten, hauptsächlicher Hüter der Verfassung zu sein. In Art. 103, caput, BV ist das Antragsrecht für die Direktklage der Verfassungswidrigkeit, d. h. die abstrakte Normenkontrolle, erweitert worden. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit ist im Art. 102 I a BV geregelt. Das Bundesgericht ist auch gemäß Art. 103 § 2 BV zuständig für die Entscheidung über eine Unterlassung des Gesetzgebers oder der Verwaltung. Mit dem Verfassungsänderungsgesetz N. 3 von 17. März 1993 ist die Klage auf Erklärung der Verfassungsmäßigkeit gemäß Art. 102 I a BV und eine besondere erleichterte Beweisführung für die Nichterfüllung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Verfassung ergibt, gemäß Art. 102 § 1 BV eingeführt worden.

Es gibt noch eine andere Möglichkeit der Normenkontrolle in der BV, die allerdings, wie auch die Direktklage der Verfassungswidrigkeit, schon in den vorherigen Bundesverfassungen vorgesehen war. Sie ist das außerordentliche Rechtsmittel der sog. „Kontrolle durch Einrede" und findet sich im Art. 102 III b BV. Sie entspricht einer konkreten nachträglichen Normenkontrolle. Außerdem können auch die Repräsentation des Generalstaatsanwalts im Fall der Bundesintervention (Art. 36, III, BV), die individuelle einstweilige Verfügung zum Schutz eines unbestreitbar bestehenden Rechts (d. h. das Recht muß nicht bewiesen werden) und die kollektive einstweilige Verfügung (Art. 102, I, d, BV) zur Normenkontrolle führen.

Geschichtlich betrachtet sind wenigstens drei Einflüsse im Feld der Normenkontrolle und der Erhaltung der Verfassung im weiteren Sinn erkennbar. Zuerst kommen die Vorstellungen des europäischen Verfassungsrechts in Betracht, dann die des amerikanischen und zuletzt wieder des europäischen, jetzt aber aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts (nicht aus dem des französischen). Ehe die einzelnen Verfahren näher betrachtet werden (dazu IV), sollen einige Grundbegriffe dargestellt (dazu II) und die historische Entwicklung der Normenkontrolle beschrieben werden (dazu III).

---

* Ich danke Frau Dr. jur. Harriet Christiane Zitscher, Schwerin, für die Unterstützung zu Fragen der deutschen Rechtssprache.

II. Begriffliche Darstellung

Im Laufe der Zeit sind verschiedene Mittel eingesetzt worden, um die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit auszuüben. Ein Weg ist, die Veröffentlichung verfassungswidriger Gesetze zu verhindern. Das ist der Fall bei der sog. „präventiven Kontrolle". Eine weitere Möglichkeit besteht darin, verfassungswidrige Gesetze für nichtig zu erklären oder unangewendet zu lassen. Hier wird von „nachträglicher Kontrolle" gesprochen.

Die präventive Kontrolle kann durch ein politisches oder gerichtliches Organ geschehen. Die erste Form findet sich in der französischen Verfassung vom Jahr VIII, nach der der Senat für die vorherige Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzesvorlagen zuständig war. Die zweite Form ist in der österreichischen Verfassung durch die Änderung von 1925 eingeführt worden. Danach konnte sich der Verfassungsgerichtshof auf Antrag der Bundesregierung oder einer Landesregierung über die verfassungsrechtliche Zuständigkeit im Hinblick auf bestimmte Gesetzgebungsbefugnisse aussprechen.

Heute scheint die nachträgliche Kontrolle überwiegend den Vorzug gefunden zu haben. Dafür lassen sich einige Gründe anführen: (1) die Unabhängigkeit des kontrollierenden Organs – damit ist auch der Gewaltenteilung gedient –, (2) die Möglichkeit ausreichender rechtlicher und sachlicher Erörterungen im gerichtlichen Verfahren und (3) die Chance der Entwicklung und Aktualisierung des Verfassungsrechts.

Es gibt zwei verschiedene Arten von nachträglicher Kontrolle. Die eine geschieht durch eine direkte Klage, die andere durch Einrede. Für die Klage, die auf das höchste ordentliche Gericht oder auf ein Verfassungsgericht übertragen werden kann, ist die österreichische Verfassung von 1920 ein Beispiel und für die Einrede die Entscheidung Marbury v. Madison des U. S. Supreme Court aus dem Jahre 1803. Die direkte Klage ist dadurch gekennzeichnet, daß für sie kein Rechtsverhältnis als Grundlage erforderlich ist, da es um die Prüfung der Gültigkeit einer Rechtsnorm geht. Das Verfahren der direkten Klage ist ihrem Wesen nach ein objektives Verfahren, sie dient nur der Prüfung von Rechtsnormen, nicht aber dem Schutz der Rechtsstellung des Antragstellers. Durch die direkte Klage kann und soll die Verfassung normativ bestätigt werden. Der andere Typ der nachträglichen Kontrolle ist die Einrede. Hiernach kann im Laufe eines richterlichen Verfahrens eine Prozeßpartei geltend machen, daß das Gesetz, auf das die andere Partei ihren Anspruch stützt, verfassungswidrig ist. Trifft das zu, dann hat der Richter das Gesetz im dargelegten Fall nicht anzuwenden. Die Einrede erfüllt somit eine Abwehrfunktion.

III. Die Entwicklung der Normenkontrolle in Brasilien

Erst am Ende des 19. Jahrhunderts erscheint die Normenkontrolle in Brasilien.[1] Die am 25. März 1824 in Kraft tretende Reichsverfassung (RV) hatte keine Vorschriften über die Prüfung der Gültigkeit von Rechtsnormen durch die Gerichte. Nach Art. 15 N. IX RV[2] war es Aufgabe der Generalversammlung die Verfassung zu hüten. Dieser Art. fand seine Ergänzung im Art. 173 RV.[3] Die Generalversammlung war nach Art. 15 N. VIII RV auch zuständig für die Interpretation der Gesetze.[4] Außerdem war auch im Art. 98 RV der *poder moderador* vorgesehen worden.[5] In diesem Zusammenhang lassen sich Vorstellungen erkennen, die hauptsächlich aus dem französischen Recht stammen (*pouvoir modérateur*).[6] Es ist noch zu bemerken, daß die Reichsverfassung nur zum Teil gesetzesresistent war, d. h. nicht durch einfache Gesetze abgeändert werden durfte; und zwar nur, soweit es die Grenzen und Aufgaben der Staatsgewalten und die politischen und individuellen Rechte des Bürgers betraf. Alles andere konnte durch die ordentliche Gesetzgebung geändert werden.[7]

Mit der Proklamation der Republik am 15. November 1889 haben Reich und Reichsverfassung ihr Ende gefunden. Das Vorbild der Bundesverfassung von 24. Februar 1891 war das amerikanische Recht; damit hat auch die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch die Gerichte Aufnahme gefunden, und zwar in Gestalt der Einrede.[8] Durch diese Bundesverfassung wurde es zur Aufgabe des obersten Bundesgerichts, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Akten der Staatsgewalt nachzu-

---

[1] Zu der Entwicklung der Normenkontrolle in Brasilien sind zu nennen: *Barbi*, Evolução do contrôle da constitucionalidade das leis no Brasil, Revista de Direito Público, 1968 (34 ff.); *Buzaid*, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, Revista Forense, 1958, S. 14 ff.; *Alves*, As garantias do cidadão na justiça, 1993, S. 1 ff.; *Mendes*, O controle de constitucionalidade, 1990, S. 169 ff.; *Bittencourt*, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 1949, S. 27 ff.

[2] Art. 15, IX: „Die Hütung der Verfassung zu bewahren und das Allgemeine Wohl der Nation zu fördern."

[3] Art. 173: „Die Generalversammlung hat am Anfang ihrer Sitzungen im Interesse der Gerechtigkeit zu prüfen, ob die politische Verfassung des Staates genau eingehalten worden ist."

[4] Art. 15, VIII: „Gesetze machen, interpretieren, außer Kraft setzen und aufheben." Die Aufgabe der Interpretation ist 1856 auf die Regierung übertragen worden. S. dazu *Nabuco*, Um estadista do império, Bd. 1, 5. Aufl., 1997, S. 256 ff. Die Interpretation durch den Richter war damit jedoch nicht ganz ausgeschlossen. Dazu *Bueno*, Direito publico brazileiro e analyse da constituição do império, 1857, S. 77 ff.

[5] Art. 98: „Die mäßigende Macht ist der Schlüssel aller politischen Organisation und ist ausschließlich an den Kaiser delegiert als höchster Chef der Nation und seine erste Vertreter, um unablässig die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit, Gleichgewicht und Harmonie der Gewalten zu bewahren." Dazu *Leal*, História das instituiçoes políticas do Brasil, 1994, S. 207 ff. Eine eingehende Darstellung bei *Bueno* (Fn. 4) S. 204 ff.

[6] Vgl. mit *Leal*, História constitucional do Brazil, 1994, S. 156 f.

[7] Art. 178 RV: „Es ist nur Verfassung, was die Grenzen und entsprechende Aufgaben der Staatsgewalten und die politischen und individuellen Rechte des Bürgers betrifft. Alles was nicht Verfassung ist, kann ohne die erwähnten Formalitäten durch die ordentliche Gesetzgebung geändert werden."

[8] Diese Tatsache ist leicht erkennbar nur mit einem kurzem Überblick über die Kommentierung Barbosas der Verfassung von 1891 in diesem Punkt. Auch in diesem Bereich waren die Kenntnisse des amerikanischen Verfassungsrechts und der amerikanischen Verfassungslehre sowie der Rechtsprechung und die Arbeit Barbosas entscheidend. S. *Barbosa* Commentarios á constituição federal brasileira, Band IV, 1933, S. 67 ff.

prüfen.[9] Die sogenannte vorläufige Verfassung von 22. Juni 1890 hatte indessen eine entsprechende Formulierung schon gefaßt in Art. 58 § 1 lit. a und b. Danach traf das Dekret N. 848 eine wichtige entsprechende Regelung in seinem Art. 3: „Bei der Hütung und Anwendung der Verfassung und der Nationalgesetze greift die Bundesjustiz nur im Sonderfall und nur durch Veranlassung der Partei eines Rechtsstreits ein." Diese Vorschrift gewährleistete damit eindeutig die Kontrolle durch Einrede. Das vollständige Bundesjustizgesetz N. 221 vom 20. November 1894 traf dann noch eine grundlegende Regelung in Art. 10 § 10: „Die Richter und Gerichte sollen die Gültigkeit der Gesetze und Verordnungen beurteilen und entsprechend die offenkundig verfassungswidrigen Gesetzen und die offenkundig mit den Gesetzen oder der Verfassung unvereinbaren Verordnungen nicht anwenden." Das Verfassungsänderungsgesetz vom 3. September 1926 hat in dieser Sache wesentlich nichts verändert, sondern nur die ursprüngliche Formulierung anders gefaßt.[10]

Im Jahr 1934 bekam Brasilien eine andere Verfassung, die durch die Revolution 1930 veranlaßt worden ist. Sie wurde am 16. Juli veröffentlicht. Diese Verfassung hat die nachträgliche Kontrolle weiter entwickelt. Der Inhalt der Buchstaben b und c von Art. 76, N. III BV entsprach zunächst dem von Buchstaben a und b von Art. 60 § 1 BV 1891 in der Fassung von 1926. Nur die Ausdrucksweise wurde geändert. Der Inhalt des N. III von Art. 76, BV stimmte auch überein mit dem des § 1 Art. 60 BV 1891 in der Fassung von 1926, obwohl dem Wort Rechtsmittel auf Verfassungsebene das Adjektiv „außerordentliche"[11] zugefügt worden ist. Dies ist bis heute so geblieben.

Es sind jedoch insgesamt drei materiell-rechtliche Änderungen mit der Verfassung von 1934 eingeführt worden. Die erste findet sich in Art. 179 BV: „Nur mit absoluter Mehrheit der Stimmen der Gesamtheit ihrer Richter können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder Aktes der Staatsgewalt deklarieren". Diese Regelung war auch schon im Vorentwurf der Verfassung vorgesehen worden, allerdings mit einer $^2/_3$-Mehrheit der Richter nur des obersten Gerichts (Art. 57 § 1 BV). Damit wurde ein Schutz gegen den Konservativismus und die schwankenden Mehrheiten gesucht auf Grund der Ergebnisse aus der Rechtsprechung des U. S. Supreme Court.[12]

[9] Art. 59, § 1, BV: „Von den letztinstanzlichen Urteilen der Justiz der Länder gibt es ein Rechtsmittel zum obersten Bundesgericht:
a) wenn die Gültigkeit oder die Anwendung von internationalen Verträgen und Bundesgesetzen in Frage gestellt wird und die Entscheidung des Gerichts dagegen ist;
b) wenn die Gültigkeit von Gesetzen oder von Akten der Landesregierungen angesichts der Verfassung oder der Bundesgesetze bestritten wird und die Entscheidung des Gerichts des Landes diese angefochtenen Akte oder diese Gesetze für gültig hält." Eine ähnliche Regelung findet sich auch in Art. 9, einziger Paragraph, Buchstabe a und b des Dekrets N. 848 vom 11. Oktober 1890, der die Bundesjustiz einrichtete.

[10] Art. 60, § 1, BV: „Von den letztinstanzlichen Urteilen der Justiz der Länder gibt es ein Rechtmittel zum obersten Bundesgericht:
a) wenn das In-Kraft-Sein oder die Gültigkeit der Bundesgesetze angesichts der Verfassung in Frage gestellt wird und die Entscheidung des Gerichts ihre Anwendung ablehnt;
b) wenn die Gültigkeit von Gesetzen oder Akten der Regierungen der Länder angesichts der Verfassung oder der Bundesgesetze bestritten wird und die Entscheidung des Gerichts diese angefochtenen Akte oder diese Gesetze für gültig hält."

[11] Dieses Adjektiv findet sich schon in Art. 24 des Gesetzes N. 221.

[12] S. dazu *Mangabeira*, Em torno da constituição, 1934, S. 112 ff. (115).

Die zweite Änderung, die mit der BV von 1934 eingeführt worden ist, betrifft die Mitwirkung des Bundessenats[13] bei der nachträglichen Kontrolle. Ihm oblag nach Art. 91 N. IV BV: „Die Vollstreckung des ganz oder teilweise Außerkraftsetzens von jedem Gesetz oder Akt, Beschluß oder jeder Verordnung, die durch die rechtsprechende Gewalt für verfassungswidrig erklärt worden sind". Man könnte denken, daß mit der Bezeichnung „Rechtsprechende Gewalt" nicht nur die Gerichte sondern auch der einzelne Richter gemeint wäre, der die Verfassungswidrigkeit erklären dürfte. In der Tat war das aber nicht gemeint. Die Bundesverfassung 1891 hatte, wie schon oben dargestellt wurde, das amerikanische Modell der Kontrolle durch Einrede aufgenommen, und damit war auch die Vorstellung vom im Rechtskreis des Common Law verwurzelten Präzedenzfall inbegriffen. Eine einheitliche Rechtsprechung hat sich während der Existenz der Reichsverfassung 1891 jedoch nicht entwickelt, denn es fehlte an einer Übereinstimmung zwischen den Entscheidungen des obersten Bundesgerichts und denen anderer Richter im Bereich der Normenkontrolle. Aus diesem Grund kommt die Mitwirkung des Bundessenats nur nach der endgültigen Entscheidung des obersten Gerichts über die Verfassungswidrigkeit in Betracht.

Die dritte Änderung im Jahre 1934 bestand in der eingreifenden Repräsentation des Generalstaatsanwalts. Nach Art. 7 caput BV oblag es ausschließlich den Ländern, ihre Verfassung und die Gesetze, durch welche sie sich regieren müssen, unter Beachtung bestimmter Prinzipien zu erlassen (I).[14] Der Bund durfte nach Art. 12 caput BV[15] nicht in die eigenen Angelegenheiten der Länder eingreifen, außer um die Befolgung der in Art. 7 N. I Buchstabe a bis h spezifizierten Verfassungsprinzipien sicher zu stellen (V).[16] In diesem Fall mußte die Intervention durch Bundesgesetz dekretiert werden (VII § 1).[17] Lag der in Zf. V angeführte Sachverhalt vor, dann konnte die Intervention

[13] Die Mitglieder des Bundessenats werden, anders als in Deutschland, unmittelbar durch den Bürger gewählt. Nur in der BV 1937 wurden sie teils durch die Landesparlamente gewählt, teils durch den Bundespräsidenten ernannt (Art. 50, einziger Paragraph und caput). Die unmittelbare Wahl durch den Bürger ist mit dem Verfassungsgesetz N. 9, vom 28. Februar 1945 hergestellt worden. Im Jahre 1946 trat eine neue Bundesverfassung in Kraft.

[14] Art. 7 caput: „Es obliegt ausschließlich den Ländern:
N. I Die Verfassung und Gesetze zu erlassen, aufgrund derer sie sich regieren müssen unter Beachtung folgender Prinzipien:
a) republikanische, repräsentative Form;
b) Unabhängigkeit und Koordinierung der Staatsgewalten;
c) Zeitweiligkeit der Wahlämter, die auf dieselbe Zeit der entsprechenden Bundesstellen beschränkt ist, und das Verbot der Wiederwahl von Gouverneuren und Bürgermeister für die unmittelbar folgende Periode;
d) Autonomie der Gemeinden;
e) Garantie der lokalen rechtsprechenden Gewalt und der Staatsanwaltschaft;
f) Rechenschaftsbericht der Verwaltung;
g) Möglichkeit der Verfassungsreform und Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt diese durchzuführen;
h) Vertretung der Berufe."

[15] Art. 12, caput: „Der Bund wird nicht in eigentümlichen Angelegenheiten den Länder intervenieren, außer:"

[16] Art. 12, V: „für die Befolgung der in Art. 7, N. I, Buchstaben a bis h spezifizierten Verfassungsprinzipien und um den Vollzug der Bundesgesetze zu sichern."

[17] Art. 12, VII, § 1: „Im Fall des N. VI sowie für die Sicherung der Befolgung der Verfassungsprinzipien (Art. 7, N. I) wird die Intervention durch Bundesgesetz bestimmt, das ihren Umfang und Dauer bestimmt,

nur durchgeführt werden, nachdem das oberste Bundesgericht auf Antrag des Generalstaatsanwalts das gemäß VII § 1 erlassene Gesetz zur Kenntnis genommen und seine Verfassungsmäßigkeit erklärt hat (VII § 2).[18]

Außerdem ist 1934 die einstweilige Verfügung im Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel III, Kapitel II) eingeführt worden. Nach Art. 113 N. 33 BV 1934 war die Regelung so formuliert: „Die einstweilige Verfügung ist zulässig zum Schutz eines eindeutig bestehenden und unbestreitbaren Rechts, das durch offensichtlich verfassungswidrigen oder gesetzwidrigen Akt einer Behörde bedroht oder verletzt wird. Das Verfahren wird das des Habeas corpus sein und die beteiligte Person des öffentlichen Rechts ist immer anzuhören. Die Verfügung beeinträchtigt nicht die petitorischen einschlägigen Klagen."

Die Bundesverfassung 1934 hatte eine nur kurze Existenz. Am 10. November 1937 trat eine neue Bundesverfassung in Kraft, die die Normenkontrolle einschränkte. Die Regelung der nachträglichen Kontrolle durch Einrede wurde in Art. 111, N. III, Buchstaben b und c, BV geregelt, eine wörtlich Wiederholung von Art. 76, N. III, Buchstaben b und c der Bundesverfassung 1934. Die Regelung aus Art. 179 der Verfassung 1934 wurde in Art. 96 caput BV 1937 übernommen; die Bezeichnung „Akt der Staatsgewalt" ist aber durch den „Akt des Bundespräsidenten" ersetzt worden. In diesem Zusammenhang gab es eine Änderung im einzigen Paragraphen des Art. 96 BV. Die Mitwirkung des Bundessenats, der in der BV 1937 als Bundesrat bezeichnet worden ist, entfällt, und an ihre Stelle tritt das Parlament und der Bundespräsident. Falls ein Gesetz als verfassungswidrig erklärt werden sollte, das nach Ansicht des Bundespräsidenten erforderlich für das Gemeinwohl des Volks, die Förderung oder den Schutz des Nationalinteresses von hoher Bedeutung ist, kann der Bundespräsident es wieder dem Parlament zum Prüfen vorlegen. Wenn dieses das Gesetz mit $^2/_3$ der Stimmen jeder Kammer bestätigt, dann bleibt die Entscheidung des Gerichts ohne Wirkung.[19] Das Verfassungsgesetz N. 18 vom 11. Dezember 1945 hat diesen Paragraphen aufgehoben.[20] Die einstweilige Verfügung ist nicht weitergeführt worden.

die durch ein neues Gesetz verlängert werden kann. Der Bundestag kann denjenigen wählen, der die Intervention durchführt, oder den Bundespräsidenten ermächtigen, ihn zu benennen."

18 Art. 17, VII, § 2: „Wenn der erste Fall des N. V vorkommt, kann die Intervention nur durchgeführt werden, nachdem das oberste Gericht das dekretierende Gesetz auf Antrag des Generalstaatsanwalts zur Kenntnis genommen und seine Verfassungsmäßigkeit erklärt hat."

19 Art. 96, einziger Paragraph: „Für den Fall, daß ein Gesetz für verfassungswidrig deklariert wird, das nach Ansicht des Bundespräsidenten für das Gemeinwohl des Volks, die Förderung oder den Schutz des Nationalinteresses von hoher Bedeutung ist, kann der Bundespräsident es wieder dem Parlament vorlegen, um zu prüfen; wenn es das Gesetz bestätigt durch $^2/_3$ der Stimmen in je einer Kammer, bleibt die Entscheidung des Gerichts ohne Wirkung."

20 Die Intervention der Bundesregierung in den Länder mittels der Ernennung einer Person, die eingreift, durch den Bundespräsidenten war in Art. 9 BV geregelt. Dabei wurde aber die gerichtliche Kontrolle ausgeschaltet. Die Repräsentation des Generalstaatsanwalts wurde abgeschafft, und zuständig für die Dekretierung zur Sicherung der Verfassungsprinzipien war der Bundestag. Die Verfassungsprinzipien waren nach Art. 9, Buchstabe e die folgenden: 1. republikanische und repräsentative Form der Regierung; 2. Präsidialregierung; 3. Die in der Verfassung gesicherten Rechte und Garantien; 4. Sicherung des Vollzugs von Bundesgesetzen und -urteilen. Das Verfassungsgesetz N. 9 vom 23. Februar 1945 hat diesen Art. neu formuliert, aber inhaltlich nichts geändert.

Die Bundesverfassung vom 18. September 1946 brachte wieder eine Erweiterung der Normenkontrolle. Die nachträgliche Kontrolle wurde in Art. 101 caput III lit. b und c, BV niedergelegt.[21] Die in Art. 179 BV 1934 niedergelegte Regelung war jetzt in Art. 200 BV übernommen worden: „Nur durch die Stimmen der absoluten Mehrheit ihrer Mitglieder können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen oder Akten der Staatsgewalt erklären." In Art. 64 BV fand sich nunmehr die Norm, die die BV 1934 in Art. 91 IV eingeführt hatte: „Es obliegt dem Bundessenat die Vollstreckung des ganz oder teilweise Außerkraftsetzens eines Gesetzes oder Dekrets, das durch endgültige Entscheidung des obersten Bundesgerichts für verfassungswidrig deklariert wurde." In diesem Punkt bestand Zweifel darüber, ob der Bundessenat auch Landes- und Gemeindegesetze außer Kraft setzen könnte oder nur Bundesgesetze. Sie ist in dem Sinn gelöst worden, daß die Zuständigkeit des Bundessenats sich nicht nur auf die Bundesgesetze beschränkt. Der Bundessenat hat die Lösung auch angenommen. Über die Frage, ob der Bundessenat verpflichtet ist, das entsprechende Gesetz außer Kraft zu setzen, gab es während des Bestehens der BV 1946 keine Übereinstimmung in der Literatur.[22]

Was die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts betrifft, läßt sich folgendes feststellen: Die Liste der Verfassungsprinzipien, zu deren Sicherung die Bundesregierung in einem Land intervenieren darf, war fast dieselbe wie die des Art. 7, I lit. a bis h BV 1934 und wurde 1946 in Art. 7, VII Buchstabe a bis g fixiert.[23] Nach Art. 8 BV mußte die Intervention auch im Fall N. VII, Art. 7, BV durch Bundesgesetz dekretiert werden. Und im einzigen Paragraphen des Art. 8 BV 1946 wurde vorgeschrieben: „Falls gemäß N. VII ein Akt der Staatsgewalt für verfassungswidrig gehalten wird, legt der Generalstaatsanwalt ihn dem obersten Bundesgericht vor, um ihn zu überprüfen und wenn es seine Verfassungswidrigkeit feststellt, wird die Intervention dekretiert."[24] Im Zusammenhang damit galt Art. 13 BV: „In den Fällen des Art. 7 N. VII, unter Be-

21 Art. 101 caput: „Dem obersten Bundesgericht obliegt:
N. III: „Auf Einlegung des außerordentliches Rechtsmittels, die in einziger oder letzter Instanz durch andere Gerichte oder Richter entschiedenen Fälle zu beurteilen:
b) wenn die Gültigkeit eines Bundesgesetzes angesichts der Verfassung in Frage gestellt wird und die beklagte Entscheidung die Anwendung des angefochtenen Gesetzes ablehnt;
c) wenn die Gültigkeit von Gesetzen oder Akten der lokalen Regierung angesichts dieser Verfassung oder eines Bundesgesetzes bestritten wird und die beklagte Entscheidung das Gesetz oder den Akt als gültig beurteilt." Eine eingehende Darstellung über das außerordentliche Rechtsmittel bei *Silva*, Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro, 1963.

22 Dazu *Barbi* (Fn. 1) S. 39, Fn. 5 mit Angabe der divergierenden Meinungen. Diese Frage ist bis heute noch nicht einstimmig beantwortet worden. S. darüber *Ferreira*, Comentários à constituição brasileira, Bd. 2, 1990, S. 619 auch mit Information über die abweichenden Auffassungen; *Moreira* (Fn. 1) S. 5.

23 Art. 7, caput: „Die Bundesregierung wird nicht in den Länder intervenieren, außer für:
N. VII: „die Befolgung folgenden Prinzipien zu sichern:
a) republikanische und repräsentative Form;
b) Unabhängigkeit und Harmonie der Staatsgewalten;
c) Zeitweiligkeit der Wahlämter, deren Dauer auf die entsprechenden Bundesstellen beschränkt ist;
d) Das Verbot der Wiederwahl von Gouverneuren und Bürgermeistern für die unmittelbar folgende Periode;
e) Gemeinde Autonomie;
f) Rechenschaftsbericht der Verwaltung;
g) Garantie des rechtsprechenden Gewalt."

24 Die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts ist zuerst durch das Gesetz N. 2271 vom 22. Juli 1954 geregelt worden. S. dazu weiteres unten IV., 5.

achtung des in Art. 8 als einzigem Paragraphen Vorgeschriebenen wird der Nationalkongreß sich auf das außer Kraft setzen des Vollzugs des Aktes, dessen Verfassungswidrigkeit behauptet wird, beschränken, wenn diese Maßnahme für die Wiederherstellung der Normalität im Land ausreicht."

Die einstweilige Verfügung ist auch wieder im Art. 141 § 24 unter dem Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel IV, Kapitel II) eingeführt worden.

Das Verfassungsänderungsgesetz N. 16 vom 6. Dezember 1965 brachte eine materiell-rechtliche Änderung mit sich. Durch ihren Art. 2 ist Art. 101 N. I lit. k BV 1946 geändert worden und das bedeutete die Einführung der Direktklage der Verfassungswidrigkeit im brasilianischen Verfassungsrecht. Danach lautete der Art. 101 I lit. k BV[25] so: „Die Repräsentation gegen Verfassungswidrigkeit eines Bundes- bzw. Landesgesetzes oder eines Aktes normativer Natur eingeleitet vom Generalstaatsanwalt."

Am 24. Januar 1967 wurde eine neue Bundesverfassung veröffentlicht, die am 15. März in Kraft trat. Die nachträgliche Kontrolle war nunmehr in Art. 114 III lit. b und c BV fixiert.[26] Die Regelung des Art. 179 BV 1934 wurde in Art. 111 BV 1967 in der Fassung von Art. 200 BV 1946 übernommen. In Art. 45 IV BV 1967 fand sich die Vorschrift, die zuerst in Art. 91 IV BV 1934 vorgesehen war, auch in der Fassung des Art. 64 BV 1946.

Die Liste der Verfassungsprinzipien auf die sich die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts bezieht, war in Art. 10 VII lit. a bis g BV festgesetzt. Sie entsprach buchstäblich der Liste der BV 1946. Die Zuständigkeit des Nationalkongresses im Art. 13 BV 1946 aber wurde dem Bundespräsidenten übertragen (Art. 11 § 2 BV).[27] Die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts wurde in Art. 11 § 1 lit. c BV fixiert.[28]

Im Art. 150 § 21 BV war die einstweilige Verfügung wieder im Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel II, Kapitel IV) geregelt. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit wurde in Art. 114 I lit. l BV aufgenommen.[29]

[25] Art. 101, caput: „Dem obersten Bundesgericht obliegt:
N. I: In erster Instanz das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über:"

[26] Art. 114, caput: „Dem obersten Bundesgericht obliegt:
N. III: Auf Einlegung eines außerordentlichen Rechtsmittels, die in einzelner oder letzter Instanz durch andere Gerichte oder Richter entschieden Fälle zu beurteilen, wenn die angefochtene Entscheidung:
b) die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines internationalen Vertrages deklariert;
c) Ein Gesetz oder ein Akt der lokalen Regierung, dessen Geltung angesichts der Verfassung oder eines Bundesgesetzes bestritten wird, als gültig beurteilt." Der Institutionalisierungsakt N. 6 von 1 Februar 1969 hat die Richter von N. III ausgeschlossen.

[27] Art. 11, § 2: „In den Fällen der Punkte VI und VII des Art. 10 wird das Dekret des Bundespräsidenten sich auf das außer Kraft setzen des Vollzugs des angefochtenen Aktes beschränken, wenn diese Maßnahme Wirksamkeit haben wird."

[28] Art. 11, § 1: „Die Dekretierung der Intervention hängt ab von:
c) Dem Stattgeben der Repräsentation des Generalstaatsanwalts durch das oberste Bundesgericht in den Fällen des Punkts VII sowie des Punkts VI, beide des Art. 10, wenn es sich um den Vollzug von Bundesgesetzen handelt."

[29] Art. 114, caput: „Dem obersten Bundesgericht obliegt:
N. I: In erster Instanz das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über:
l) Die Repräsentation des Generalstaatsanwalts wegen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes des Bundes oder eines Landes."

Das Verfassungsänderungsgesetz N. 1 vom 17. Oktober 1969 schuf praktisch eine andere Verfassung. Die nachträgliche Kontrolle war in Art. 119 III lit. b und c vorgesehen. Allerdings wurde hier buchstäblich die entsprechende Regelung des Art. 114 III lit. b und c BV 1967 in der Fassung vom Institutionalisierungsakt N. 6 übernommen. In Art. 116 wurde die Vorschrift des Art. 179 BV 1934 mit einer kleinen Änderung formuliert: „Nur durch absolute Mehrheit ihrer Mitglieder können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder normativen Aktes der Staatsgewalt erklären."[30] Die zuerst in Art. 91 IV BV 1934 vorgeschriebene Regelung fand sich im Art. 42 VII in der Fassung des Art. 45 IV BV 1967.

Die Liste der Verfassungsprinzipien, deren Verletzung die Intervention im Land erlaubt, war in Art. 10 VII lit. a bis g niedergelegt. Sie entsprach buchstäblich der Liste des Art. 7 VII Buchstabe a bis g BV 1946. Nur der Inhalt des Buchstabens d ist weggefallen und ein anderer in Buchstabe g eingeführt worden.[31] Die Regel im Art. 11 § 2 ist so geblieben wie die des Art. 11 § 2 BV 1967. Auch die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts, die in Art. 11 § 1 lit. c geregelt war, blieb so wie in Art. 11 § 1 lit. c BV 1967. Die einstweilige Verfügung wurde im Art. 153 § 21 im Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel II, Kapitel IV) beibehalten. Art. 119 I Buchstabe l sah die Direktklage der Verfassungswidrigkeit in einer anderen Formulierung vor.[32]

IV. Die einzelnen Verfahren der Normenkontrolle

1. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit und die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit

Nach Art. 102 caput BV 1988 obliegt es hauptsächlich dem obersten Bundesgericht, Hüter der Verfassung zu sein.[33] Außerdem sind seine Aufgaben in drei Stufen ausgestaltet: in N. I ist die erstinstanzliche, in N. II die ordentliche Rechtsmittel- und in N. III die außerordentliche Rechtsmittelzuständigkeit vorgesehen. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit sowie die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit finden

[30] Der Art. 116 ist durch das Verfassungsänderungsgesetz N. 7, vom 13. April 1977 geändert worden. Seither lautete er: „Nur durch absolute Mehrheit ihrer Mitglieder oder der Mitglieder des entsprechenden speziellen Organs (Art. 144, V) können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes der Staatsgewalt deklarieren."

[31] Art. 10, VII, g): „Das Verbot für den Landesabgeordneten einen Akt durchzuführen oder eine Stelle, Funktion oder Anstellung auszuüben, die in den Punkten I und II des Art. 34 erwähnt sind; ausgenommen ist die Funktion des Staatssekretär."

[32] Art. 119, caput: „Dem obersten Bundesgericht obliegt:
N. I: In erster Instanz, das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über:
l) Die Repräsentation des Generalstaatsanwalts wegen Verfassungswidrigkeit oder wegen der Interpretation eines Gesetzes oder eines normativen Aktes des Bundes oder eines Landes."

[33] Art. 102, caput: „Dem obersten Bundesgericht oblieg es hauptsächlich, Hüter der Verfassung zu sein, und es steht ihm zu."

sich in N: I lit. a BV.[34] Beide Klagen sind durch das Gesetz Nummer 9868 vom 10. November 1999 neu geregelt worden.

Das Antragsrecht der Direktklage der Verfassungswidrigkeit ist durch die BV 1988 ausgedehnt worden. Vorher stand es nur dem Generalstaatsanwalt zu.[35] Nach Art. 2 des Gesetzes, der den neuen Art. 103 BV wiedergibt, haben jetzt das Antragsrecht der Direktklage der Verfassungswidrigkeit:

- der Bundespräsident;
- der Vorsitz des Bundessenats;
- der Vorsitz des Bundestags;
- der Vorsitz eines Landtags oder der Vorsitz der Gesetzgebungskammer des Bundesbezirks;
- der Gouverneur eines Landes oder der Gouverneur des Bundesbezirks;
- der Generalstaatsanwalt;
- der Bundesrat des brasilianischen Anwaltskammer;
- jede politische Partei mit Vertretung im Nationalkongreß;
- jeder Gewerkschaftsverband oder Berufsgenossenschaft von nationaler Verbreitung.

Für die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit ist das Antragsrecht beschränkter als für die Direktklage. Nach Art. 13 des Gesetzes, der dem Art. 103, § 4 BV 1988 entspricht, sind zum Antrag berechtigt:

- der Bundespräsident;
- der Vorsitz des Bundestags;
- der Vorsitz des Bundessenats;
- der Generalstaatsanwalt.

Der Antrag der Direktlage muß nach Art. 3 folgendes angeben:

- die Vorschrift des angefochtenen Gesetzes oder normativen Aktes und die rechtlichen Gründe des Antrags im Bezug auf jede einzelne Anfechtung;
- den Antrag mit seinen Spezifizierungen.

Der Inhalt der deklaratorischen Klage der Verfassungsmäßigkeit ist nach Art. 14 wie folgt vorgeschrieben:

- die Vorschrift des in Frage stehenden Gesetzes oder normativen Aktes und die rechtlichen Gründe des Antrags;
- der Antrag mit seinen Spezifizierungen;
- die Darlegung zum Vorhandensein einer bedeutenden juristischen Auseinandersetzung über die Anwendung der Vorschrift, die Gegenstand der deklaratorischen Klage ist.

[34] Art. 102, I: „In erster Instanz, das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über:
a) Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes oder eines normativen Aktes und die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes oder eines normativen Aktes." Die Einführung der deklaratorische Klage der Verfassungsmäßikeit hat keine allgemeine Anerkennung gefunden. Eine Darstellung darüber findet sich in *Martins/Mendes*, (Hrsg.), Ação declaratória de constitucionalidade, 1994.

[35] S. oben Fn 25.

Die Regelungen für die Entscheidungsfindung sind in Art. 22 ff. des Gesetzes niedergelegt. Kommt das Gericht gemäß Art. 24 zur Verfassungsmäßigkeit, dann beurteilt es die Direktklage als unzulässig oder eine eventuell deklaratorische Klage als zulässig; kommt das Gericht hingegen zur Verfassungswidrigkeit, dann beurteilt es die Direktklage als zulässig oder eine eventuell deklaratorische Klage als unzulässig. Die Bindung der Entscheidung ist im einzigen Paragraphen des Art. 28 fixiert: „Die Erklärung der Verfassungsmäßigkeit oder der Verfassungswidrigkeit einschließlich der verfassungskonformen Auslegung und die teilweise Erklärung des Verfassungswidrigkeit ohne Reduktion des Textes hat Wirksamkeit gegen alle und Bindungswirkung im Bezug auf die Organe der Rechtsprechenden Gewalt und die Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltungen."

Es bleibt noch die Frage der ex tunc- oder ex nunc-Wirkung bei der Direktklage der Verfassungswidrigkeit. Die Verfassung und das regelnde Gesetz sagen – anders als § 31 Abs. 2 BVerfGG nichts darüber, ob die Entscheidung des brasilianischen obersten Bundesgerichts die Nichtigkeit der angefochtenen Norm zum Ergebnis hat. Das Gericht war der Meinung, daß im Fall der Direktklage der Verfassungswidrigkeit die Entscheidung deklaratorisch ist und somit ex tunc wirkt.[36] Das regelnde Gesetz hat jedoch diese Auffassung nicht übernommen. Nach Art. 27 des Gesetzes kann das oberste Bundesgericht, wenn es die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder normativen Aktes deklariert, die Wirkungen dieser Deklaration einschränken oder entscheiden, daß diese nur ab ihrer Rechtskraft oder ab einem anderen Zeitpunkt, den es festlegen kann, wirksam wird.[37]

2. *Die Verfassungswidrigkeit der Unterlassung*

Die Unterlassung des Gesetzgeber oder der Verwaltung ist in Art. 103 § 2 BV geregelt und lautet: „Wird die Verfassungswidrigkeit erklärt, weil Maßnahmen unterlassen worden sind, die einer Verfassungsnorm Wirkung verleihen sollen, dann ist der zuständigen Behörde Kenntnis zu geben, damit sie die notwendigen Vorkehrungen treffen kann und wenn es sich um ein Verwaltungsorgan handelt, binnen 30 Tagen handeln kann." Eine Direktklage der Verfassungswidrigkeit kann auch die Entscheidung über die Unterlassung des Gesetzgebers oder der Verwaltung zum Ergebnis haben.

[36] S. zuletzt ação declaratória de constitucionalidade n. 1–1 – Distrito Federal, S. 194 f.

[37] Art. 27: „Wenn es die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes erklärt, kann das oberste Bundesgericht in Hinblick auf Gründe der Rechtssicherheit oder außergewöhnlicher sozialer Interessen durch $^{2}/_{3}$ der Mehrheit seiner Mitglieder die Wirkungen dieser Deklaration einschränken oder entscheiden, daß sie nur Wirksamkeit bekommt ab ihrer Rechtskraft oder ab einem anderen Zeitpunkt den das Gericht festlegen kann."

3. Die „Beweisführung der Nichterfüllung"

Die „Beweisführung der Nichterfüllung" einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Verfassung ergibt, findet sich im Art. 102 § 1 BV[38] und ist durch das Gesetz N. 9882 vom 3. Dezember 1999 geregelt worden. Antragsberechtigt sind nach Art. 2 I des Gesetzes die gleichen wie für die Direktklage der Verfassungswidrigkeit. In N. I des Art. 2 (gegen die jedoch der Bundespräsident sein Veto eingelegt hat) war auch jede durch einen Akt der Staatsgewalt verletzte oder bedrohte Person dazu berechtigt. Ohne dieses Veto hätte man in Brasilien eine Art Verfassungsbeschwerde entsprechend dem deutschen Recht erworben. Nach Art. 1 caput des Gesetzes wird die Beweisführung beim obersten Bundesgericht beantragt. In dem entsprechenden Verfahren geht es darum, die Verletzung einer grundlegenden Vorschrift durch die Staatsgewalten zu vermeiden oder auszugleichen. Sie ist auch zulässig nach dem einzigen Paragraphen des Art. 1 des Gesetzes, wenn der Grund der Auseinandersetzung über das Gesetz oder den normativen Akt, von Bund, Land oder Gemeinde bedeutend ist; diese Vorschrift gilt auch für vorkonstitutionelle Gesetze oder Akte.[39]

Nach Art. 3 des Gesetzes muß der Antrag folgendes enthalten:

- die Anzeige der grundlegenden Vorschrift, deren Verletzung behauptet wird;
- die Anzeige des in Frage stehenden Aktes;
- der Beweis der Verletzung der grundlegenden Vorschrift;
- der Antrag mit seinen Spezifizierungen;
- soweit es darauf ankommt, den Nachweis des Vorhandenseins einer bedeutenden richterlichen Auseinandersetzung über die Anwendung der grundlegenden Vorschrift, deren Verletzung behauptet wird.

Nach Durchführung des Verfahrens legt das Gericht die Bedingungen, die Art und Weise der Interpretation und die Anwendung der grundlegenden Vorschrift fest.[40] Die Entscheidung des obersten Bundesgerichts hat Wirksamkeit gegen alle und Bindungswirkung in bezug auf die übrigen Organe der Staatsgewalt.[41] In Art. 11 des Gesetzes

[38] Art. 102, § 1: „Die Beweisführung der Nichterfüllung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Verfassung ergibt, wird durch das oberste Bundesgericht beurteilt gemäß der gesetzlich vorgesehenen Form."

[39] Art. 1: „Die in § 1 des Art. 102 der BV vorgesehene Beweisführung wird beim obersten Bundesgericht beantragt. Sie hat zum Gegenstand die Verletzung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Staatsgewalt ergibt, zu vermeiden oder auszugleichen.
Einziger Paragraph: Die Beweisführung der Nichterfüllung einer grundlegenden Vorschrift ist auch zulässig:
N. I: „Wenn der Grund der Auseinandersetzung über das Gesetzt oder den normativen Akt von Bund, Land oder Gemeinde bedeutend ist. Dies gilt auch für vorkonstitutionelle Gesetze oder Akte."

[40] Art. 10, caput: „Ist das Verfahren durchgeführt, wird die Mitteilung für die verantwortlichen Behörden oder Organe über die Durchführung des in Frage stehenden Aktes ausgefertigt und die Bedingungen, die Art und Weise der Interpretation und die Anwendung der grundlegenden Vorschrift festgelegt."

[41] Art. 10 § 3: „Die Entscheidung hat Wirksamkeit gegen alle und Bindungswirkung in bezug auf die übrigen Organe der Staatsgewalt." Es ist hier zu bemerken, daß die Entscheidung der Beweisführung der Nichterfüllung weitergehend ist als die der Direktklage und der deklaratorischen Klage. Somit gibt es eine noch zu lösende Frage, ob damit sich jetzt in der BV Normen von unterschiedlicher Rangstufe finden.

findet sich eine ähnliche Regelung wie in Art. Art. 27 des oben schon erwähnten Gesetzes N. 9868.

4. Die „Nachträgliche Kontrolle"

Die Nachträgliche Kontrolle ist in Art. 102 III lit. b und c BV geregelt.[42] Ihre Regelung findet sich in der brasilianischen ZPO (Gesetz N. 5869 von 11. Januar 1973, geändert durch das Gesetz N. 8950 vom 13. Dezember 1994 Art. 541–546).[43] Das Gesetz N. 8038 vom 28. Mai 1990 hat Verfahrensregeln festgesetzt, die auch das „außerordentliche" und das „spezielle Rechtsmittel" betreffen. Nach Art. 26 caput Gesetz 8038 können beide Rechtsmittel in verschiedenen Anträgen binnen einer Frist von 15 Tagen beim Präsidenten des angerufenen Gerichts eingelegt werden. Deren Inhalt muß nach Art. 26 folgender sein:

- die Darstellung der Tatsachen und des Rechts;
- die Darlegung der Zulässigkeit des eingelegten Rechtsmittels;
- die Gründe des Antrags auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

Sind die beiden Rechtsmittel zugelassen worden, dann werden die Akten sofort dem obersten Justizgericht übersandt (Art. 27 § 3 Gesetz N. 8038); ist die Entscheidung über das spezielle Rechtsmittel beendigt, dann werden die Akten für die Beurteilung des außerordentlichen Rechtsmittel dem obersten Bundesgericht übersandt, wenn das Rechtsmittel nicht präjudiziert ist (Art. 27 § 4 Gesetz N. 8038). Wird das eine oder das andere Rechtsmittel nicht gewährt, dann ist die Instrumentbeschwerde zulässig binnen einer Frist von 5 Tagen beim obersten Bundesgericht oder obersten Justizgericht (Art. 28 caput Gesetz N. 8038).

Die Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts hat in zwei „Zusammenfassungen"[44] die Zulässigkeit des außerordentliche Rechtsmittels von einer Vorfrage abhängig

[42] Art. 102, III: „Auf Einlegung des außerordentlichen Rechtsmittels die in einziger oder letzer Instanz entschiedenen Fälle zu beurteilen, wenn die angefochtene Entscheidung:
b) Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder internationalen Vertrages deklariert;
c) Ein Gesetz oder einen Akt der lokalen Regierung, dessen Geltung angesichts der Verfassung bestritten wird, als gültig beurteilt." Die Regelung des Art. 116 des Änderungsgesetzes 1969 wurde buchstäblich in Art. 97 übernommen.

[43] Die Verfassung von 1988 hat das oberste Justizgericht erschaffen. Es hat mit dem sogenannten speziellen Rechtsmittel eine ähnliche Aufgabe bekommen wie das oberste Bundesgericht mit dem außerordentlichen Rechtsmittel (Art. 102 III c), aber jenes im Bezug auf das Bundesrecht. So ist in Art. 105, III, b, BV, folgendes vorgeschrieben:
Art. 105, caput: „Dem obersten Justizgericht obliegt es:
N. III: Auf Einlegung des speziellen Rechtsmittels, die in einziger oder letzter Instanz durch die Bundesregionalgerichte oder durch die Gerichte der Länder, des Bundesbezirks und der Territorien entschiedene Fälle zu beurteilen, wenn die angefochtene Entscheidung:
b) Ein Gesetz oder einen Akt der lokalen Regierung, dessen Geltung angesichts des Bundesgesetzes bestritten wird, als gültig beurteilt." Der Gesetzgeber hat beide Rechtsmittel miteinander geregelt und in gewissem Maße das außerordentlichen Rechtsmittel von dem speziellen Rechtsmittel abhängig gemacht, wie noch zu sehen sein wird.

[44] Die Zusammenfassungen sind das Ergebnis ständiger Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts nach dem Art. 102 ihrer Geschäftsordnung. Sie wurde förmlich eingerichtet durch eine Änderung der

gemacht. Die Zusammenfassung N. 282 lautet: „Das außerordentliche Rechtsmittel ist nicht zulässig, wenn die zum Bundesrecht aufgeworfene Frage in der angefochtenen Entscheidung nicht erörtert worden ist." Und die Zusammenfassung N. 356 besagt: „Der unterlassene Punkt der Entscheidung, der gegen die deklaratorische Beschlagnahme nicht eingewendet worden ist, kann nicht Gegenstand des außerordentlichen Rechtsmittels sein, weil es am Erfordernis der Erörterung der Vorfrage fehlt."[45]

Die Mitwirkung des Bundessenats ist in Art. 52 X BV vorgesehen: „Es obliegt dem Bundessenat die Vollstreckung des ganz oder teilweise Außerkraftsetzens eines Gesetzes, das durch endgültige Entscheidung des obersten Bundesgericht für verfassungswidrig erklärt wurde."[46]

5. *Die eingreifende Repräsentation*

Die Verfassungsprinzipien, deren Verletzung es dem Bund erlaubt, in einem Land zu intervenieren, sind in Art. 34 VII BV festgelegt.[47] Nach Art. 36 § 3 BV beschränkt sich das Dekret auf das Außerkraftsetzen des Vollzugs des angefochtenen Aktes, wenn diese Maßnahme für die Wiederherstellung des Normalzustandes ausreicht.[48] Gemäß Art. 36 III BV hängt die Dekretierung der Intervention davon ab, ob das oberste Bundesgericht der Repräsentation des Generalstaatsanwalts stattgibt.[49]

Die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts ist zuerst durch das Gesetz N. 2271 vom 22. Juli 1954 geregelt worden. Dieses ist durch das Gesetz N. 4337 vom 1. Juni 1964 aufgehoben worden. Das spätere Gesetz N. 5778 vom 16. Mai 1972 hat nur den Art. 6 des Gesetzes N. 4337 aufgehoben. Gemäß Art. 1 des Gesetzes N. 4337 obliegt es dem Generalstaatsanwalt, die Erklärung der Verfassungswidrigkeit beim obersten Bundesgericht zu beantragen, wenn er Kenntnis von einem die Verfassungsprinzipien verletzenden Akt der Staatsgewalt eines Landes erlangt. Die Kenntnis kann er auch durch die Repräsentation eines Beteiligten erlangen (Art. 2 Gesetz N. 4337). Wenn die Entscheidung des obersten Bundesgerichts die Verfassungswidrigkeit ausspricht, dann wird sie sofort den beteiligten Organen des Landes mitgeteilt und nach der Veröffentlichung des Spruchs wird dem Nationalkongreß davon Kenntnis gegeben (Art. 7 Gesetz N. 4337).

6. *Die einstweilige Verfügung*

Die einstweilige Verfügung findet sich in Art. 5 LXIX BV[50] unter dem Titel „Individuelle Rechte und Garantien" (Titel II, Kapitel I). Das Verfahren der einstweiligen Verfügung ist zum ersten Mal durch das Gesetz N. 191 vom 16. Januar 1936 geregelt worden; danach ist es durch zahlreiche Gesetze geändert worden.[51] Die Zuständigkeit für die Durchführung des Verfügungsverfahrens richtet sich nach der Behörde, die für die Gesetzwidrigkeit[52] oder den Machtmißbrauch verantwortlich ist.[53] Antragsteller können sein: natürliche und juristische Personen, die Konkursmasse, eine Erbschaft, eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, eine Eigentumswohnung, die Masse der zahlungsfähigen zivilen Schuldner. Weiter läßt die Rechtsprechung als Antragsteller zu:

Geschäftsordnung und am 28. August 1963 veröffentlicht. Sie trat in Kraft ab März 1964. S. dazu m. w. Nw. *Mello Filho*, Constituição federal anotada, 2 Aufl. 1986, S. 366 f.; Die Zusammenfassungen sind auch in der brasilianischen ZPO geregelt, Art. 479: „Eine Entscheidung, die durch die Stimmen der absoluten Mehrheit der zum Gericht gehörenden Mitglieder getroffen wurde, wird Gegenstand der Zusammenfassung und Präzedenzfall bei der Vereinheitlichung der Rechtsprechung." Sie haben keine bindende Kraft auch nicht für die untergeordneten Richter und Gerichte. Ihre Funktion besteht in der Vereinheitlichung der Rechtsprechung.

[45] S. dazu auch noch *Negrão*, Código do processo civil e legislação processual em vigor, 30. Aufl., 1999, S. 1257 ff. m. w. Angaben zur Rechtsprechung.

[46] Die Entscheidung des Bundessenats hat Wirksamkeit gegen alle. Nur ist man sich noch nicht einig darüber, ob die Entscheidung ex tunc oder ex nunc wirkt. S. dazu *Mendes* (Fn. 1) S. 208 ff. mit weiteren Angaben.

[47] Art. 34, caput: „Der Bund wird nicht in den Ländern und im Bundesbezirk intervenieren, außer um:
N. VII: die Befolgung der folgenden Prinzipien zu sichern:
a) republikanische Form, repräsentatives System und demokratisches Regime;
b) Rechte der menschlichen Person;
c) Gemeindeautonomie;
d) Rechenschaftsbericht der unmittelbaren und mittelbaren öffentlichen Verwaltung;
e) Verwendung des geforderten Minimums von Einnahmen, die sich aus der Landessteuer ergeben, einschließlich die aus Überweisung kommenden auf die Aufrechterhaltung und Entwicklung des Unterrichts."

[48] Art. 36 § 3: „In den Fällen des Art. 34 VI und VII oder des Art. 35 IV, wenn die Würdigung durch den Nationalkongreß entbehrlich ist, wird das Dekret sich auf das außer Kraft setzen des Vollzugs des angefochtenen Aktes beschränken, wenn diese Maßnahme reicht für die Wiederherstellung des Normalzustands."

[49] Art. 36, caput: „Die Dekretierung der Intervention hängt ab von:
N. III: Dem Stattgeben der Repräsentation des Generalstaatsanwalts durch das oberste Bundesgericht im Fall des Art. 34 VII."

[50] Art. 5 LXIX: „Die einstweilige Verfügung dient zum Schutz eines unbestreitbar bestehenden Rechts, das nicht durch habeas corpus oder habeas data geschützt ist, wenn der Verantwortliche für die Gesetzwidrigkeit oder den Machtmißbrauch eine öffentliche Behörde oder ein Vertreter einer juristischen Person der Ausübung von Aufgaben der Staatsgewalt ist." Im Art. 5, LXX, Buchstabe a und b, BV ist die kollektive einstweilige Verfügung vorgesehen: Art. 5, LXX: „Die kollektive einstweilige Verfügung kann beantragt werden durch:" a) „Eine politische Partei mit Vertretung im Nationalkongreß." b) „Eine Gewerkschaftsorganisation, Berufsgenossenschaft oder Vereinigung, die nach dem Gesetz gebildet, und schon wenigstens ein Jahr zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder oder Gesellschafter besteht."

[51] S. dazu *Barbi*, Do mandado de segurança, S. 251 ff. mit Angabe der Gesetze.

[52] Die BV 1934 hatte in Art. 113 N 33, von „offensichtlich verfassungswidrigen oder gesetzwidrigen Akten" gesprochen. Die späteren Bundesverfassungen haben das Wort „verfassungswidrig" nicht mehr benutzt aber die überwiegende Lehre versteht unter „gesetzwidrig" auch die Verfassungswidrigkeit. S. dazu *Barbi* (Fn. 51) S. 102 mit Angabe der Literatur.

[53] Wenn die Behörde: der Bundespräsident, der Vorsitz des Bundestages und Bundessenats, der Bundesrechnungshof, der Generalstaatsanwalt oder das oberste Bundesgericht ist, dann ist das oberste Bundesgericht zuständig (Art. 102 I Buchstabe d BV);
Wenn die Behörde: ein Staatsminister, der Befehlshaber der Streitkräfte oder das oberste Justizgericht selbst ist, dann ist das oberste Justizgericht zuständig (Art. 105 I Buchstabe b BV);
Wenn die Behörde: das Bundesregionalgericht selbst oder Bundesrichter ist, dann ist das jeweilige Bundesregionalgericht zuständig (Art. 108 I Buchstabe c BV);
Wenn die Behörde eine Bundesbehörde ist, dann ist der Bundesrichter zuständig (Art. 109 VIII BV).
In den Ländern ist die Sache nach den jeweiligen Landesverfassungen geregelt (Art. 125 § 1 BV).

öffentliche Körperschaften ohne Rechtspersönlichkeit wie Kammern, Versammlungen, Rechnungshöfe u. a.; die überwiegende Rechtsprechung und Literatur ist überdies der Meinung, daß auch in Brasilien nichtresidente Ausländer antragsberechtigt sind.[54] Verfügungsgegner ist nach der BV die öffentliche Behörde oder Vertreter einer juristischen Person der Ausübung von Aufgaben der Staatsgewalt (Art. 5 LXIX). Das stattgebende Urteil der einstweiligen Verfügung kann vorläufig vollgestreckt werden.[55] Das Gesetz N. 8076 vom 23. August 1990 hatte im einzigen Paragraphen des Art. 1 die Vollstrekkung des stattgebenden Urteils über einstweilige Verfügung abhängig gemacht von der Bestätigung durch das jeweils zuständige Gericht. Dieser einzige Paragraph ist jedoch durch das Bundesregionalgericht der 4 Regionen bei der Beweisführung der Verfassungswidrigkeit in der einstweiligen Verfügung N. 90. 04. 26238–5/PR am 12. Juni 1991 für verfassungswidrig erklärt worden.

---

54 S. dazu *Barbi* (Fn. 51) S. 118 f.

55 Das Gesetz N. 6071 vom 3. Juli 1974 hat den einzigen Paragraphen des Art. 12 vom Gesetz N. 1533 vom 31. Dezember 1951 geändert. Seitdem lautet die Vorschrift: „Das stattgebende Urteil der Verfügung unterliegt der Berufung, aber es kann vorläufig vollstreckt werden."

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Artigos | Direito constitucional |