

Verfassung und normative Kooperation: Zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien

Von *Marcos Augusto Maliska*, Curitiba*

Einleitung

Nach Art. 5, § 2 der brasilianischen Verfassung von 1988 (CF/88) schließen die in der Verfassung aufgelisteten Grundrechte andere Rechte nicht aus, welche die von Brasilien unterzeichneten Menschenrechtsabkommen vorsehen. Die Auslegung dieses Artikels geriet bald in Streit. Das Oberste Bundesgericht (STF (STF)) bestätigte schon bald nach dem Inkrafttreten der Verfassung seine bisherige Rechtsprechung, wonach die internationalen Verträge innerstaatlich (nur) auf Gesetzesstufe stehen. Damit stellte sich das Gericht gegen die novellierte materielle Öffnung des Grundrechtskatalogs zur internationalen Menschenrechtsordnung.

Erst die Verfassungsänderung Nr. 45 vom 8.12.2004 fügte in den Art. 5 CF/88 einen neuen § 3 ein. Danach haben durch Verfahren der Verfassungsänderung (Quorum von 3/5) in brasilianisches Recht übernommene Internationale Menschenrechts-Verträge den Status von Verfassungsnormen. Diese Novellierung löste die bestehende Kontroverse in Bezug auf die Auslegung der Internationalen Verträge über Menschenrechte, indem sie ein besonderes Ratifizierungsverfahren für Internationale Menschenrechtsnormen verlangte. Diese Verfassungsänderung beendete indes lediglich die Diskussion über den innerstaatlichen Status künftiger Internationaler Menschenrechtsverträge. Die Auseinandersetzung über den Status der vor Inkrafttreten der Verfassungsänderung Nr. 45 ratifizierten Menschenrechtsverträge wogt weiterhin.

Dieser Aspekt wird hier unter Berücksichtigung des Verständnisses von STF-Richter *Gilmar Mendes* in seinem Votum in der von STF entschiedenen Verfassungsbeschwerde Nr. 466343 analysiert.¹ So versucht man kritisch zu betonen: (1) das Verständnis, dass die vor der Verfassungsänderung N. 45/2004 ratifizierten Menschenrechtsverträge übergesetzlichen Status haben, aber unter der Verfassung stehen; (2) der stilllegende Effekt (*efeito paralizante*) dieser Verträge in Bezug auf die unter der Verfassung stehende interne Rechtsordnung; und (3) Einklang dieser Verständnisse mit dem Begriff des Kooperativen Verfassungsstaats.

* *Marcos Augusto Maliska*, Federal Attorney and Professor of Constitutional Law at the *Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil* in Curitiba-PR, Brazil.
Email: marcosmaliska@yahoo.com.br.

¹ Die Verfassungsbeschwerde handelt von der Verfassungsmäßigkeit der Zivilschuldhaft bei Verträgen treuhänderischer Veräußerung angesichts des Art. 5, LXVII CF/88, der die Zivilschuldhaft des unredlichen Verwahrers erlaubt, im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 7 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (Pakt von San José de Costa Rica), der sie nicht vorsieht.

A. Der Rechtsstatus der Menschenrechtsverträge

In seinen Votum zitiert Richter *Mendes* die vier Verständnisse in der brasilianischen Literatur über den Rechtsstatus der Menschenrechtsverträge: (1) *supraconstitucional*; (2) *constitucional*; (3) *infraconstitucional* – einfaches Gesetz; und (4) *infraconstitucional* – übergesetzlich. Für diese Analyse interessiert die Unterscheidung zwischen Verfassungsstatus (*status constitucional*) und übergesetzlichem Status (*infraconstitucional*). Obwohl *Mendes* die Begründung der These vom Verfassungsstatus der Verträge grundsätzlich anerkennt, widerspricht er ihr in concreto mit dem Argument, die Verfassungsänderung N. 45/2004 habe die Diskussion um den Verfassungsstatus der Menschenrechtsverträge in gewisser Hinsicht obsolet gemacht. Seinem Verständnis nach ist die Verfassungsänderung Nr. 45/2004 eine „klare Aussage, dass die vor der Verfassungsänderung von Brasilien schon ratifizierten Menschenrechtsverträge, die der parlamentarischen Kontrolle nicht unterzogen worden waren, an den Verfassungsnormen nicht gemessen wurden.“²

Dieses Verständnis muss unter zwei Aspekten differenziert werden: In den materiellen und formellen Dimensionen des Rechtsstatus der Menschenrechtsverträge. Wenn *Mendes* aus dem Verständnis des STF davon ausgeht, dass die Verträge einfachgesetzlichen Rang haben, missachtet er die materielle Bindungsdimension der Verträge. Aus der Sicht des formellen Verfassungsbegriffs³ wäre das nationale Rechtssystem in diesem Gebiet bedeutsam nur mit der Verfassungsänderung Nr. 45 erneuert. Selbst wenn man die Missachtung der materiellen Dimension des Bindungsstatus der Menschenrechtsverträge kritisiert, geschah die Neuerung unter dem formellen Blickwinkel erst mit der Verfassungsänderung Nr. 45.

Mendes verteidigt die These, dass die vor der Verfassungsänderung Nr. 45 ratifizierten Verträge übergesetzlichen aber infrakonstitutionellen Status haben. Seine Position sucht in gewisser Hinsicht einen Mittelweg zwischen dem aus der Verfassungsänderung gegebenen Verfassungsstatus und der Mehrheitsposition des STF, die den Menschenrechtsverträgen den infrakonstitutionellen Status des einfachen Gesetzes anerkennt, zu finden. Bei dem Versuch einer Versöhnung mittels einer Übergangslösung steht *Mendes* zumindest vor zwei Schwierigkeiten: (1) die Nicht-Anerkennung, dass mit dem Erlass der Verfassung von 1988 das Land schon die Unterscheidung von Menschenrechtsverträgen und anderen Verträgen kannte; und (2) die Entfernung zur Jurisprudenz des STF selbst, die das Prinzip *Tempus Regit Actum* anerkennt, um die unter vorheriger Verfassung produzierte Norm auf den differenzierten juristischen Status zu erheben. In Bezug auf den ersten Aspekt bemerkt man die folgende Stelle seines Votums: „Es ist andererseits nicht zu verneinen, dass die Verfassungsreform den besonderen Charakter der Menschenrechtsverträge in Bezug auf andere Gegenseitigkeitsverträge unter unterzeichnenden Staaten letztendlich betont hat, um ihm

² STF – RE (Recurso Extraordinário) Nr. 466343, S. 11.

³ *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, Neuaufl. Wien 2000, S. 228 ff.

einen privilegierten Status in der Rechtsordnung zu verleihen.“⁴ Diese Aussage gilt auch für Art. 5, Paragraph 2 CF/88. Da es kein sinnloses Wort in einer Norm gibt, hatten die Menschenrechtsverträge bereits seit 5.10.1988 unter Art. 5 Paragraph 2 CF/88 einen differenzierten juristischen Status. In diesem Punkt soll das Richterverständnis kritisiert werden, weil die Missachtung der materiellen Bindungsdimension der Menschenrechtsverträge zu der Verfassung mit der herrschenden Literatur kollidiert und sich auch von der Jurisprudenz des STF entfernt, die das Prinzip der materiellen Öffnung des Menschenrechtskatalogs anerkannte.⁵

Wichtig ist hier ein Zitat von *Sarlet*⁶:

„In diesem Kontext ist wichtig, dass der Unterscheidung von formellen und materiellen Grundrechten die Idee zugrundeliegt, das brasilianische (so wie das portugiesische) Verfassungsrecht folge einer Wert- und Prinzipienordnung, die wiederum nicht notwendigerweise vom Verfassungsgeber abhängt, aber auch in der herrschenden Verfassungsidee und allgemein juristischem Verstand eine Stütze findet. Trotz der Möglichkeit einer Inklusion in das Gebiet des Naturrechts, das allerdings kein Objekt dieser Studie ist, kann der Ausbau eines materiellen Grundrechtsbegriffs (sowie der Verfassung selbst) nur erfolgreich sein, indem man die im Sinne einer durch die Mehrheit übereinstimmend anerkannten herrschenden Wertordnung, sowie die sozialen, politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Begebenheiten einer bestimmten Verfassungsordnung berücksichtigt“.

Ein zu untersuchender Aspekt, der sich aus dem Verständnis der materiellen Bindungsdimension des Grundrechts entfaltet, bezieht sich auf das Vorhandensein dieses von *Sarlet* genannten *Konsenses* im Kontext der brasilianischen Gesellschaft.⁷ Es ist sicher, dass dieser Forschungspunkt über die für diesen Text geplanten Ziele hinausgeht. In Bezug auf diesen zweiten Aspekt hat der STF das Prinzip *tempus regit actum* wiederholt angewendet,

⁴ STF – RE Nr. 466343, S. 11. In diesem Sinn ist *Sarlet* mit *Mendes* einverstanden: „Es ist zumindest fragwürdig, obwohl das Argument überzeugend ist, dass die durch die Verfassungsänderung N° 45/04 im brasilianischen Rechtssystem eingegliederten Menschenrechtsverträge als Verfassungsänderung verstanden werden, da hier das Rezeptionsargument im Falle von verschiedenen Gesetzgebungsverfahren nicht anzuwenden ist, selbst wenn materielle Vereinbarkeit vorhanden ist“, vgl. *Ingo Wolfgang Sarlet*, A eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre 2007, S. 150.

⁵ STF - ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) Nr. 939-7.

⁶ *Ingo Wolfgang Sarlet* (oben Fn. 4), S. 94.

⁷ Die Frage ist komplex. Exemplarisch referiert *José Murilo de Carvalho* in "Cidadania na encruzilhada" eine repräsentative Umfrage in Rio de Janeiro, in der man die brasilianische politische Kultur nach den Parametern der drei klassischen Versionen von westdemokratischer Tradition zu beurteilen versucht: (i) der liberale Begriff von Bürgerschaft: das Individuum als Rechtsträger; (ii) der republikanische Begriff von Bürgerschaft: civic virtue; (iii) der gemeinschaftliche Ausblick, der als Gefühl von Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft in der Überlieferung von Aristoteles, Rousseau und Comte verstanden wird. Laut *Carvalho* „versucht die Umfrage Elemente von diesen drei Traditionen in der brasilianischen politischen Kultur zu ermitteln. Das Ergebnis, wie bereits andere Umfragen und Studien ermittelt haben, war negativ. Unsere politische Kultur passt scheinbar zu keiner der die westliche Traditionen ausprägenden politischen Versionen“. *José Murilo de Carvalho*, Cidadania na encruzilhada, in: Newton Bignotto (Hrsg.), Penrar a República, Belo Horizonte 2002, S. 105 ff.

um das in der vorigen Verfassungsordnung erlassene ordentliche Steuergesetz mit dem *Status* von Komplementärem Gesetz (*Lei Complementar*) in der folgenden Verfassungsordnung zu rezipieren. Paradigmatisch ist zum Beispiel die Entscheidung in der Verfassungsbeschwerde Nr. 79.212 im Jahre 1975 aus São Paulo mit der berühmten Diskussion zwischen den Richtern *Aliomar Baleeiro* und *Leitão de Abreu*. In den 80er Jahren wiederholt der Richter *Moreira Alves* dieses Verständnis des STF (Verfassungsbeschwerde Nr. 93.850). Nach der Verfassung von 1988 ändert sich nicht die Stellungnahme des STF in diesem Bereich (ADI Nr. 1726).⁸

Die Rechtsprechung der STF in Sinne der Verteidigung der These *tempus regit actum* bezieht sich auf das Besorgnis einer Rechtsanomie. In dem analysierten Fall von STF ist nicht nur die Lösung der Zivilhaft aufgrund Schulden, sondern auch der Status der bereits durch die Föderative Republik Brasiliens rezipierten Internationalen Menschenrechtsverträge im Spiel. In diesem Sinn kommentiert *Peter Häberle* neulich über den Übergesetzlichen Status der Internationalen Menschenrechtsverträge im Deutschen Grundgesetz: „Obwohl Deutschland einen beispielhaften Schutz der Menschenrechte hat, rangiert die Europäische Menschenrechtskonvention nicht auf Verfassungsebene. Das ist ein Defizit, das wir beseitigen müssen“.⁹ Andersorts schreibt *Häberle*¹⁰, dass

„der Kooperative Verfassungsstaat nicht die Alternative eines ‚Primats‘ vom Staatsrecht oder Völkerrecht kennt; er macht mit den beobachteten Wechselwirkungen zwischen Außenbeziehungen bzw. Völkerrecht und innerer (nationaler) Verfassungsordnung so ernst, dass Teile des Völkerrechts und des innerstaatlichen Verfassungsrechts zu einem *Ganzen* zusammenwachsen. Darum ist es auch nicht voll geglückt, internationale Menschenrechtsabkommen in Bezug auf das GG nur als eine ‚völkerrechtliche Nebenverfassung‘ zu bezeichnen. Denn diese ‚Neben-Verfassung‘ ist in Wirklichkeit Bestandteil der staatlichen Verfassung des GG, sie steht nicht ‚neben‘ ihr“.

Das Anliegen des STF bezüglich der Garantie des Prinzips der Überlegenheit der Verfassung ist willkommen und soll in den stets gepflegten internationalen Beziehungen aufrecht-

⁸ Nach der Entscheidung des STF (ADI Nr. 1726) wurde das „Erfordernis eines vorherigen Ergänzungsgesetzes (*Lei Complementar*) zur Festlegung von allgemeinen Bedingungen für die Bildung von Fonds gemäß Art. 165, § 9, II der Verfassung durch das in der Verfassung von 1988 als Ergänzungsgesetz rezipierte Gesetz Nr. 4.320/1964 erfüllt. Laut Richter *Mauricio Correia* wurde das Gesetz Nr. 4320 von 17. März 1964 über allgemeine Normen bzgl. Finanzrecht und Haushalt, durch die Verfassung von 1988 als Ergänzungsgesetz rezipiert. Siehe auch *Paulo Ricardo Schier*, Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*, Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi (2006), S. 161.

⁹ *Marcos Augusto Maliska*, Estado Constitucional Cooperativo, Democracia e Parlamento em Instituições supranacionais e intergovernamentais. Entrevista com Peter Häberle, Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais 07 (2007), S. 79.

¹⁰ *Peter Häberle*, Der Kooperative Verfassungsstaat, in: Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Berlin 1998, S. 413. Dieser Aufsatz wurde in portugiesischer Übersetzung (*Marcos Augusto Maliska* und *Elisete Antoniuk*) vom Verlag Renovar in Rio de Janeiro veröffentlicht.

erhalten bleiben. Indessen stellt sich die Frage, ob man die Überlegenheit der Verfassung mit voller Wirksamkeit des Art. 5 § 2 CF/88 garantieren kann, indem man den bereits ratifizierten Menschenrechtsverträgen, wenn nicht formell grundlegend aufgrund der Verfassungsänderung Nr. 45, dann zumindest materiell grundlegenden Status kraft der Klausel *tempus regit actum* und deren Zugehörigkeit zum Verfassungsinhalt („*corpo fundamental da Constituição*“¹¹) anerkennt. Man kann behaupten, dass die Hauptkritik des übergesetzlichen Status der bereits ratifizierten Menschenrechtsverträge sich immer noch auf Art. 5 § 2 CF/88 stützt. In diesem Sinn versteht man die von Richter *Gilmar Mendes* vorgeschlagene Rechtsprechungswende als einen Fortschritt im Vergleich zum damaligem Verständnis des STF. Es passt aber nicht ganz zu den Möglichkeiten des Verfassungstextes.

B. Der stilllegende Effekt (*efeito paralizante*) der Menschenrechtsverträge in Bezug auf Gesetze und das Problem der Wirksamkeit der Verfassungsnormen

Sein Verständnis vom übergesetzlichen Status der vor der Verfassungsänderung 45 ratifizierten Menschenrechtsverträge führte *Mendes* zu der Behauptung über den stilllegenden Effekt solcher Verträge in Bezug auf die Gesetze: „In diesem Sinn und angesichts der Überlegenheit der Verfassung gegenüber den Internationalen Gesetzesakten wurde die Verfassungsnorm über die Zivilhaft von unredlichem Verwahrer (Art. 5 LXVII CF) durch die Ratifizierung des Internationalen Paktes über zivile und politische Rechte (Art. 11) und der Amerikanischen Menschenrechtskonvention – Pakt von São José da Costa Rica (Art. 7, 7) nicht aufgehoben. Sie findet keine Anwendung mehr aufgrund des stilllegenden Effekts dieser Verträge in Bezug auf Gesetze zu dieser Regelung (Art. 1.287 Zivilgesetzbuch von 1916 und Dekret (Decreto-Lei) Nr. 911/1969)“.¹²

Der Richter behauptet, es gebe "...seit Brasilien im Jahr 1992 den Internationalen Pakt für zivile und politische Rechte (Art. 11) und die Amerikanische Menschenrechtskonvention – Pakt von São José da Costa Rica (Art. 7, 7) ratifiziert hat, keine gesetzliche Grundlage mehr für die Anwendung des Art. 5 LXVII CF d.h. die Zivilhaft des unredlichen Verwahrers“.¹³ Im Falle der Zivilhaft aufgrund Schulden erzeugt der stilllegende Effekt in der Praxis die Wirksamkeit einer Verfassungsänderung. Im Prinzip ist die Schuldhaft in diesen Fällen untersagt, d.h. die Verfassungsnorm hat keine juristische Wirkung. Dieses Verständnis soll unter dem Gesichtspunkt der normativen Kraft der Verfassung begriffen werden, da es eine vertragskonforme Auslegung der Verfassung vorschlägt, was der Verfassung deren normative Kraft nehme und sie den infrakonstitutionellen Normen ausliefere.¹⁴

¹¹ *Ingo Wolfgang Sarlet*, (oben Fn. 4), S. 93.

¹² STF – RE Nr. 466343, S. 28.

¹³ STF – RE Nr. 466343, S. 29.

¹⁴ *Lênio Luiz Streck*, *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*, Rio de Janeiro 2004, S. 14.

In dem analysierten Fall steht die Verfassungsnorm unter gesetzlichem Vorbehalt, weil sie eine Freiheitseinschränkung einbezieht: deren juristische Wirksamkeit hängt von einem Gesetz ab. Wenn der Vertrag über dem Gesetz stünde, würde er die Wirkungen des Gesetzes lahmlegen. Indessen soll die Auslegung des Status von Menschenrechtsverträgen auf in den Prozessakten analysierte fallbezogene Situationen nicht reduziert werden, denn es geht um die Identifizierung in der Rechtsordnung von juristischer Position der bedeutenden Instrumente zum Schutz der internationalen Menschenrechte und deren innerstaatlich anerkannten Wert. Außer dem in diesem Abschnitt schon behandelten Thema bezieht sich diese weitgehende Analyse auf die normative Kraft der Verfassung unter Berücksichtigung auch des im letzten Abschnitt schon behandelten Art. 5, § 2° CF/88, sowie auf die symbolische Wirkung vor der internationalen Gemeinschaft und die Frage des Kerns eines Kooperativen Verfassungsstaates, die im nächsten Abschnitt behandelt werden.

In Folge der Überlegenheit der Verfassung finden die Verträge mit Verfassungsstatus und die mit übergesetzlichem Status Schranken in der Verfassung. Diese finden die Beschränkung in der Verfassung selbst und die wiederum in den Ewigkeitsklauseln. Das Prinzip der Überlegenheit der Verfassung unterwirft die Verträge der internen Verfassungsordnung, weil die Demokratie und der Menschenrechtsschutz immer noch in der Verfassung verankert sind und das Phänomen der Supranationalität noch nicht ein Demokratiemodell darstellt.¹⁵

Es gilt festzuhalten: Wenn der Vertrag in dem analysierten Fall über den Verfassungstext letztendlich überwog, d. h., die Zivilhaft aufgrund Schulden verbot, überwiegt die Verfassung immer, wenn die Verfassungsnormen selbst juristische Wirkung hervorrufen, also wenn sie sich dem Gesetz nicht unterwerfen. Die Überlegenheit der Verfassung kann das Land von einem regionalen Verständnis über Menschenrechte entfernen. Hier ist Art. 12, Nr. 4 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (Pakt von São José da Costa Rica) zu nennen: die Eltern und Verantwortlichen haben das Recht, ihren Kindern und Betreuten religiöse und moralische Erziehung nach ihrem eigenen Gewissen zu erteilen. Die brasilianische Verfassung behandelt diese Frage nicht so genau, so dass der Vertrag in diesem Fall eine nicht obligatorische Auslegungsfunktion der Verfassung hätte. In dieser Hypothese ist die Verfassungsnorm nicht dem Gesetz unterworfen, d.h., sie kann juristische Wirkung von sich aus hervorrufen. Hier gilt nicht der sogenannte „stilllegende Effekt“ und der Vertrag wird nur respektiert, wenn die Interpreten eine vertragskonforme Verfassungsauslegung suchen. Diese Auslegung ist aber nicht obligatorisch.

Man findet ein anderes Beispiel mit verschiedenem Merkmal im Art. 6, Nr. 3 der Konvention über den Begriff der „Zwangsarbeit“. Hier ist eine gesetzliche Reglementierung des Begriffes „Zwangsarbeit“ notwendig und der Vertrag könnte den stilllegenden oder hemmenden Effekt des Gesetzes hervorrufen.

¹⁵ *Marcos Augusto Maliska*, Die Supranationalität im Mercosul. Die Übertragung von Hoheitsrechten und das Problem der demokratischen Legitimität, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 56 (2008), S. 639 ff.

Ein drittes Beispiel befindet sich im Art. 27 der Konvention, der die Aufhebung der Grundrechte im Fall der Verfassungsausnahme regelt. Nr. 2 dieses Artikels erlaubt nicht die Aufhebung einiger Rechte. Die brasilianische Verfassung stellt den Aufhebungen keine Schranken im Falle von Kriegszustand oder Reaktion auf einen ausländischen Angriff. Da der Ausnahmezustand durch Gesetz reglementiert wird, ruft der Vertrag wie in der vorigen Hypothese den stilllegenden oder hemmenden Effekt des Gesetzes hervor. Abgesehen von den Hypothesen in denen die Verfassung juristische Effekte von sich aus unabhängig vom Gesetz hervorrufen kann, stellt das Verständnis vom stilllegenden oder hemmenden Effekt des Gesetzes die Auslegung des Verfassungsinhalts dem Vertragsinhalt zur Verfügung und schafft dabei die Figur von der vertragskonformen Auslegung der Verfassung.

Diese Auslegungsmöglichkeit findet ernste Schranken im Prinzip der Überlegenheit der Verfassung. Schwer zu vertreten ist, dass eine nicht verfassungskonforme infrakonstitutionelle Norm in der Rechtsordnung bestehen kann. Der formelle Status der Normen unterstellt die Verträge mit übergesetzlichem Status der Verfassung. Was wäre dann das Gültigkeitsfundament des Internationalen Vertrags, der z. B. die Zivilschuldhaft verbietet? Das Votum, indem es das Prinzip der Überlegenheit der Verfassung zu stärken versucht, schwächt es letztendlich, wenn es die Verfassung einer vertragskonformen Auslegung unterstellt. Laut *Mendes'* Verständnis werden die genannten selbstanwendenden Verfassungsnormen immer über Verträge überwiegen, weil diese übergesetzlichen aber infrakonstitutionellen Status haben. Die vom Gesetz abhängigen Verfassungsnormen hätten ihre juristische Wirkung aufgrund des hemmenden Effekts stillgelegt, d.h. angesichts des Vertrags würde die Verfassungsnorm keine juristische Wirkung hervorrufen. Wäre ein solcher Vertrag verfassungswidrig?

Würde die Rezeption des Vertrags mit Verfassungstatus andere Folgen haben als die Rezeption mit übergesetzlichem Status in den o.g. Beispielen? Der Art. 12 Nr. 4 und der Art. 6 Nr. 3 der Konvention würden mit dem Verfassungstext verknüpft, weil sie im Grunde nicht die Ewigkeitsklausel verletzen. Der Art. 27 der Konvention könnte an den Verfassungstext als günstigere Grundrechtsklausel angeknüpft werden und keine Beschränkung wegen Verstoß gegen die Ewigkeitsklausel erleiden. Der Art. 12 Nr. 4 ausgenommen, in dem der Verfassungsstatus des Vertrags eine obligatorische Bindung des Vertragsinhalts entfalten würde, gleicht der hemmende Effekt des Vertrags in den anderen Hypothesen – Zwangsarbeit und Ausnahmezustand – der Situation eines Vertrags mit Verfassungstatus, weil diese Fälle ein infrakonstitutionelles Gesetz voraussetzen, das den Verfassungsinhalt bestimmt. Die Zivilschuldhaft könnte Schwierigkeiten bei dem Verständnis des Vertrags mit übergesetzlichen Status hervorrufen, weil die Behauptung der Verfassungswidrigkeit des Vertrags nicht zu halten ist. Wenn der Vertrag der Verfassung formell unterworfen ist, spricht man nicht von „hemmendem Effekt“ sondern von Verfassungswidrigkeit des Vertrags. Entweder ist der Vertrag auf Verfassungsniveau, dann hätte er aufgrund seiner Nähe zu den Menschenrechten eine günstigere Auslegung in Bezug auf andere Verfassungsnormen, oder ist der Vertrag auf infrakonstitutionelle Ebene und somit verfassungswidrig. Hier setzt sich der Status der – infrakonstitutionellen oder konstitutionellen – Normen gegen die

günstigere Anwendung durch. Die These des „hemmenden Effekts“ ist nur möglich in den Hypothesen von offenen Verfassungsklauseln, in denen der Inhalt durch infrakonstitutionelles Gesetz vorgegeben ist, weil wenn der Vertrag übergesetzlich ist, würde der Gesetzgeber an dem internationalen Vertrag gebunden sein. Wenn der Vertragsinhalt dem Verfassungstext entgegensteht, wird man vor einer Verfassungswidrigkeit des Vertrags stehen.

C. Verfassung und internationale Kooperation

Unabhängig von der überwiegend technischen juristischen Dimension der vorigen Kapitel soll das Thema unter dem Gesichtspunkt der Verfassung als Ganzes behandelt werden, das den Begriff vom „Kooperativen Verfassungsstaat“ und symbolischen Effekt vor der internationalen Gemeinschaft sowie des Bindungsgrads der internationalen Menschenrechtsdokumente in der internen Rechtsordnung notwendigerweise einbezieht. *Mendes* bedient sich der Lehre von *Häberle*, indem er sagt, dass wir heute in einem Kooperativen Verfassungsstaat leben, der sich nicht mehr als ein auf sich bezogener Verfassungsstaat darstellt, sondern den anderen Verfassungsstaaten als Referenz dient, und in dem die Rolle der Menschenrechte und Grundrechte an Bedeutung gewinnt.¹⁶ Am Anfang ist es notwendig, die wichtige Arbeit des Richters *Mendes* zur Aktualisierung der Rechtsprechung des STF bezüglich der Aufnahme der Internationalen Menschenrechtsverträge zu berücksichtigen. Die Möglichkeiten des Brasilianischen Verfassungstextes haben aber einen weitergehenden Umfang als er es in Votum darstellt. In diesem Sinn ist es wichtig, den Begriff „Kooperativen Verfassungsstaat“ in der Verfassung von 1988 zu identifizieren. Eine systematische Analyse vom Art. 4 der Verfassung in Verbindung mit Art. 1 insbesondere Absatz 1 über nationale Souveränität zeigt einen neuen Souveränitätsbegriff auf, der zusammen mit anderen Grundprinzipien der Verfassung aktualisiert und erfasst werden soll.¹⁷ Wenn die Verfassung regelt, dass die internationalen Beziehungen der Föderativen Republik Brasiliens sich nach folgenden Prinzipien richtet, will sie damit sagen, dass Brasilien seine Souveränität der Überlegenheit der Menschenrechte, der friedlichen Beilegung von Konflikten, der Zusammenarbeit zwischen den Völkern für den Menschheitsfortschritt unterordnet und sogar die supranationale Integration mit lateinamerikanischen Ländern ermöglicht.¹⁸

Der Begriff "Kooperativer Verfassungsstaat" steht in der Brasilianischen Verfassung, die sich sowohl für internationale Kooperation öffnet als auch den Pluralismus und die

¹⁶ *Peter Häberle*, *El Estado constitucional*, 2003, 75-77, zitiert im Votum STF – RE Nr. 466343, S. 14 e 15.

¹⁷ Über die Veränderung des Begriffs „Staatssoveränität“ siehe *Udo Di Fabio*, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen 2001, S. 89 ff.

¹⁸ Dazu auch *Marcos Augusto Maliska*, *O Estado Constitucional em face da cooperação regional e global*, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais* 06 (2006), S. 105 ff; *ders.*, *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*, Rio de Janeiro 2006.

Verschiedenheit als Element der brasilianischen Kultur anerkennt.¹⁹ Die Rolle des Staates wird aber durch die Öffnung nicht nur nach außen sondern auch nach innen erneut umschrieben. In diesem Sinn schreibt *Häberle* in einem Pioniertext aus 1978, dass „Kooperation für den Verfassungsstaat ein Teil seines Selbstverständnisses wird, das er im Interesse der ‚Verfassungsklarheit‘ nicht nur praktizieren, sondern in seinem Rechtstexten, besonders in den Verfassungsurkunden, auch dokumentieren sollte“.²⁰ In einem anderem Abschnitt betont er, dass „Ausdruck, Voraussetzung und Folge der Kooperation zwischen den (Verfassungs-) Staaten die Entwicklung gemeinen Rechts ist. Es soll ‚Kooperationsrecht‘ heißen. Zwischen den Verfassungsstaaten untereinander ist solches gemeinsames Kooperationsrecht durchaus erkennbar. Das zeigt der typologische Überblick. Typische völkerrechtsfreundliche Normen, Verfahren und Kompetenzen, Ziele und Gehalte haben sich hier schon bemerkenswert weit verdichtet; es entsteht ein ‚gemeinsamer‘ Bestand an kooperationsrechtlichen Formen und Normen, den die Verfassungsvergleichung weiter zu präzisieren hat“.²¹ Zum Schluss fasst der Autor zusammen, dass „Kooperative Grundrechtsverwirklichung der Auftrag der (Kooperativen) Verfassungsstaaten ist, in seinem Verhalten, nach außen‘, in der Völkerrechtsgemeinschaft ein Mindestmaß an materieller und prozessualer Grundrechtswirklichkeit für ‚Fremde‘ und Staatenlose ‚bei sich‘ zu schaffen“.²² In der Rechtsvergleichung versteht *Hobe* z. B. die Verfassungsordnung des deutschen Grundgesetzes als auf eine Öffnung des Verfassungsstaates in Richtung einer Internationalen Ordnung zielend. Der Verfasser beschreibt die Internationalen Verträge als Grundobjekte der Verfassungskontrolle, die die Verfassung nicht integrieren.²³

Zu fragen wäre, ob die Menschenrechtsverträge als Bestandteil der Verfassung ein wichtiges Zeichen der Staatsöffnung oder des genannten Kooperativen Verfassungsstaates wären. Die Antwort ist positiv, d.h. die Aufnahme der Menschenrechtsverträge in die Verfassung zeigt sich als eine Grundmaßnahme zur Beurteilung des Öffnungsgrades zur internen Rechtsordnung und ist ohne Zweifel ein identifizierendes Element des genannten Kooperativen Verfassungsstaates. In der eigenen Definition von *Häberle*: „Ausdruck, Voraussetzung und Folge der Kooperation zwischen den (Verfassungs-) Staaten ist die Entwicklung gemeinen Rechts. Es soll ‚Kooperationsrecht‘ heißen“, d.h., es ist die Reali-

¹⁹ *Marcos Augusto Maliska*, Die Internationale Kooperation für Menschenrechte zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht. Herausforderung zum Kooperativen Verfassungsstaat, *The International Law and Development of the National Law System: The Materials of International scientific-practical Conference* (2008), S. 35 ff; *ders.*, Análise da constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas, in: Evandro C. Piza Duarte u.a. (Hrsg.), *Cotas raciais no Ensino Superior. Entre o jurídico e o político*, Curitiba 2008.

²⁰ *Peter Häberle* (oben Fn. 10), S. 408.

²¹ *Peter Häberle* (oben Fn. 10), S. 438.

²² *Peter Häberle*, (oben Fn. 10), S. 439.

²³ *Stephan Hobe*, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, Berlin 1996, S. 141.

sierung eines Rechts mit allgemeinem Inhalt. Selbst wenn die Verfassungsstaaten dazu tendieren, diese Grundelemente allgemein zu haben, binden die internationalen Menschenrechtsdokumente die Staaten an einen allgemeinen Text, und erzielen damit, was Häberle „Kooperationsrecht“ nennt. Die Menschenrechtsverträge mit Verfassungsstatus zeigen einen symbolischen Effekt vor der internationalen Gemeinschaft als Annahme, Verpflichtung und Integrierung des Verfassungsstaats in die Internationale Ordnung.²⁴ Unter dem Zitat von *Thurman W. Arnold* schreibt *Neves*, dass „jedes Recht erst eine symbolische Funktion hat. Das Recht berichtet über Regierungsinstitutionen im ‚idealen Sinn‘, anstatt sie objektivrealistisch zu verstehen“.²⁵ Nach der Definition von *Neves* „beinhaltet das Symbolische eine Sprache oder Diskurs, in denen es eine Sinnverschiebung auf andere Bedeutungsebenen gibt (...); die symbolische Handlung ist konnotativ, indem sie einen mittelbaren und ungenauen Sinn einnimmt, der sich zu seiner unmittelbaren und ausdrücklichen Bedeutung zufügt und diese überwiegt“. Der symbolische Effekt hätte eine wichtige Bedeutung in den gleichwirkenden Hypothesen des Verständnisses von Verträgen mit übergesetzlichem Status oder Verfassungsstatus. Die Auswahl der Verfassungsstatus wäre nur „symbolisch“ zur Verpflichtung Brasiliens zum internationalen Schutz der Menschenrechte. Hier, wo die Rechtswirkungen identisch sind, unterscheidet sich die Auswahl des Verfassungsstatus nicht vom übergesetzlichen Status. In anderen Hypothesen, wobei der Verfassungsstatus das Verbot der Wirkung des Vertrages auf die Verfassungsordnung einbeziehen würde und nicht nur Ergänzung, Reglementierung, wie die These von „stilllegendem Effekt“ behauptet, überwiegt der instrumentale Effekt²⁶ den symbolischen²⁷, d.h. in den Hypothesen, in denen der Vertrag die Ewigkeitsklausen der Verfassung ohne die Möglichkeit der mehr begünstigenden Auslegung verletzt, würde das Prinzip der Überlegenheit der Verfassung überwiegen, um die Wirkung des Vertrages aufzuheben.

²⁴ Hier ist hervorzuheben die Warnung von *Marcelo Neves* in Bezug auf missbräuchlichen und sorglosen Gebrauch des Ausdrucks „symbolisch“: *Marcelo Neves*, *A força simbólica dos direitos humanos*, in: Martônio Mont’Alverne Barreto Lima und Paulo Antonio Menezes Albuquerque (Hrsg.) *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*, Florianópolis 2006, S. 508.

²⁵ *Marcelo Neves*, *A constitucionalização simbólica*, 2007, S. 25.

²⁶ Zu der Unterscheidung zwischen instrumentaler und symbolischer Handlung siehe *Marcelo Neves* (oben Fn. 25), S. 22 f.: „Nach Gusfield ähnelt diese Unterscheidung dem konnotativen und denotativen Diskurs. In der Denotation gibt es einen relativ klaren Zusammenhang zwischen Ausdruck und Inhalt; in der instrumentalen Handlung gibt es gleicherweise eine Lenkung des Verhaltens zu festen Zielen. In der Konnotation ist die Sprache zweideutig; die symbolische Handlung ist konnotativ, indem sie einen mittelbaren und ungenauen Sinn übernimmt, der deren unmittelbarer und ausdrücklicher Bedeutung zugefügt wird und diese überlagert“.

²⁷ Bemerkenswert ist die Möglichkeit eines verschiedenen Verständnisses über das „Symbolische“ dieser Frage im anderen als hier dargestellten Sinn. Es handelt vom symbolischen Effekt nicht vor der internationalen Gemeinschaft, sondern vor der Verfassung selbst und ihrer normativen Kraft, denn mit einem auf das Überlegenheitsprinzip der Verfassung gegründeten Diskurs würde diese normative Kraft den Verträgen unterworfen.

ABSTRACTS

The Right to Development and the foreign policy of the United States

By *Markus Kaltenborn*, Bochum

In recent years there can be observed a considerable intensification of the debate on the right to development both in the Human Rights bodies at UN level and in academic literature. The Intergovernmental Working Group on the Right to Development and the High-level Task Force on the Implementation of the Right to Development have formulated a catalogue of criteria which can be used as a guide for the implementation of the right to development at the international level with the aim of improving the effectiveness of global development partnerships. Moreover legal scholars have intensively discussed the various questions with regard to the contents, the duty-bearers and the holders of this human right. But despite all these efforts, the concept of the right is still highly controversial: The Non-Aligned Movement, for example, has already proposed the elaboration of a convention on the right to development, whereas most developed countries are still quite reluctant to accept a legally binding text. In particular, the administration of the United States of America is (mostly) not willing to vote in favour of resolutions supporting this right in the UN Human Rights bodies or even in the General Assembly because they suspect that otherwise new customary rules regarding obligatory foreign assistance could come into existence. The article gives an overview of the recent history of the right to development and discusses the US position in this part of the international human rights debate.

Constitution and normative international Cooperation in Brasil

By *Marcos Augusto Maliska*, Curitiba

The Brazilian Constitution of 1988 (CF/88) regulates in Article 5, § 2º, that the fundamental rights enumerated in the Constitution does not exclude other defined by the Treaties on Human Rights, to which the Federative Republic of Brazil is part. This dispositive brought controversy regarding its interpretation. The Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF) since from entry into force of the Constitution confirmed his Jurisprudence, that the international treaties have status of ordinary law in the domestic law. This aspect is analyzed here with regard to the understanding of STF-Judge Gilmar Mendes in his vote on Extraordinary Appeal Nr. 466343. The text does not intend to be an exhaustive analysis of the matter, but, instead, it basically critically highlights the position that the human rights treaties ratified by Brazil before the amendment 45/2004 would have status above ordinary law but below the Constitution and examines the “immobilizing effect” of these treaties in

relation to infraconstitutional legislation and the harmony of these comprehensions with the concept of a cooperative constitutional state.

The Principles of administration procedures in Brazil and the challenges of equality and juridical security

By *Ricardo Perlingeiro*, Rio de Janeiro

The article analyses the fundamental principles and general rules of administrative procedure, its implementation in Brazilian law (1988 Constitution and Law no. 9,784, of January 29, 1999) and sporadically in a few Ibero-American national systems, leading to reflections about the erga omnes extension of the favorable aspects of administrative decisions as a guarantee of the fulfillment of the principle of equality, and bona fides as a prevailing factor of legal security.

The main solutions for the externalities in environmental law in Brazil

By *Bradson Camelo* and *Juliana Dutra de Barros*, Brasilia

This paper aims to introduce some methodological tools used in economics to analyze the facts with environmental impact to society, because the law has to weight the benefit from the economic development and the cost of damage the environment. To achieve this goal, it starts presenting the concept of externality in Environmental Law as the effect of pollution to third part who do not produce this pollution, in this approach, it is to know that the market is not capable to be efficient (it is a market failure). In a second moment the paper shows how economy uses those methodological tools to induce agents to produce fewer externalities (pollution to third parts) with a focus on market mechanisms to internalize the externality and due real cost-benefit analysis by the society. At last, we analyse the solutions used in Brazilian Law to try to internalize the effects of the pollution and their problems.

Indigenous Land Rights in Brasil

By *Ana Maria D'Ávila Lopes* and *Martonio Mont'Alverne Barreto Lima*, Fortaleza

One of the most notable features of the contemporary Brazilian constitutional law has been to establish a new paradigm to protect indigenous human rights. The Federal Constitution of 1988 has recognized indigenous cultural and land rights. This paper aims to delimitate and discuss the most polemic aspects of land rights. Therefore, the Raposa Serra do Sol case, decided by the Federal Supreme Court on December 2009, will be analyzed. That