

Airton SEELAENDER, Brasília

Zwischen Gesetzeskraft und Verfassungswidrigkeit

Die Verordnungen der revolutionären „provisorischen Regierung“ (1930–1934) und der Streit um ihre Bedeutung für die brasilianische Rechtsordnung

Between "force of law" and unconstitutionality. The decrees of the revolutionary "provisional government" (1930–1934) and the dispute over their function in the Brazilian legal system

At least since 1930, the executive branch of Brazilian government has issued a series of "decrees with force of law", ordinary decrees, decree-laws, and so-called "provisional measures", thus becoming a very important actor-sometimes the leading one- in the field of law making. One could discuss how far this fact reflects a broadly understood "state of exception", a supposed authoritarian trend of Brazilian society, the increase of presidential power at the expense of Parliament, or the "normal development" of all western interventionist states. Nevertheless, the fast and substantial increase of State intervention in the 1930's in many social and economic spheres certainly led to conflicts between legal thought and the new practices of "active government". As seen in the case of the new "Mining Code", the resulting tensions could not be completely eliminated by political strategies such as the exclusion of decrees from judicial control, the selective use of constitutional texts or the subtle subversion of the hierarchical structure of the liberal legal system.

Keywords: Constitution of 1934 – Decree – Mining Code – State intervention – Vargas

In einem außereuropäischen Spiegel können die Beziehungen zwischen Notgesetzgebung und Verfassungsordnung ganz anders als in Zentraleuropa aussehen. An der Peripherie des Westens machen institutionelle Improvisationen und entstellte Kopien von europäischen Modellen das Bild solcher Beziehungen manchmal schärfer. Die Beobachtung von Ähnlichkeiten und Kontrasten in weit entfernten Ländern ermöglicht also, rechtshistorische Fragen, die angeblich „rein national“ wären, aus einer neuen Perspektive zu betrachten.

Es gibt aber lateinamerikanische Länder, in denen die herrschende Gesetzgebungslehre die eigene nationale Gesetzgebungsgeschichte kaum reflektiert. Das ist auch in Brasilien der Fall,

obwohl dort wichtige Teile der Rechtsordnung nicht unter den sog. „normalen“, sondern vielmehr unter außerordentlichen Umständen entstanden sind. Zu Beginn der Republik (1889) nutzte die Regierung ihre kurzlebige „revolutionäre“ Macht, um den gesellschaftlichen Widerstand gegen laizistische Innovationen, wie etwa die Zivilehe, zu überwinden und die Trennung von Staat und Kirche rasch durchzusetzen. Durch Verordnungen mit Gesetzeskraft wurden zwischen der Revolution von 1930 und der Verfassung von 1934 auch die Grundlagen des brasilianischen Interventionsstaates – vor allem im Bereich des Arbeits- und Wirtschaftsrechts –

gelegt.¹ Das Strafgesetzbuch und die Vereinheitlichung des nationalen Verfahrensrechts sind Produkte einer Diktatur, die ihre eigene – obschon autoritäre! – Verfassung (1937) zum Teil kaum befolgte.²

Im Folgenden ist über Verordnungen mit Gesetzeskraft, die zwischen 1930 und 1934 erlassen wurden, zu berichten, wobei vor allem die Gesetzgebung nach der Revolution von 1930 interessiert, d.h. die Gesetzgebung der ersten Amtsperiode des Präsidenten Getúlio Vargas, in der die Anwendung der bevorstehenden Verfassung zum Teil verunmöglicht wurde.

Schon in der offiziellen Bezeichnung der „provisorischen Regierung“ von Vargas wird die Bereitschaft sichtbar, im Laufe der Zeit die eigene Macht durch eine neue Verfassung einzuschränken. Das neue Regime ließ sich aber durch eine einfache Verordnung „legitimieren“. Eine Verordnung (Nr. 19398/30) übertrug der neuen Regierung sämtliche Befugnisse und Funktionen sowohl der Exekutive als auch der Legislative.³ Sie erklärte aber die alte Verfassungsordnung keineswegs für tot: Die frühere Verfassung von 1891 sollte in Geltung bleiben, solange sie mit den Verordnungen und anderen

¹ Ohne die Konzentration der „Befugnisse der Legislative und der Exekutive“ in den Händen des Präsidenten wäre, so Oliveira Vianna, die rasche Schöpfung der ganzen, weiten „geltenden Sozialgesetzgebung“ unmöglich gewesen, VIANNA, *Ensaio inédito* 284.

² Der irreführende Glaube an eine totale Unwirksamkeit der Verfassung von 1937 wurde von ihrem eigenen Autor, Francisco Campos, verbreitet. Nachdem der Kronjurist des Autoritarismus in Ungnade gefallen war, begann er, sich von der Diktatur zu distanzieren und die Relevanz seines Werkes für das Regime zu leugnen. In diesem Kontext betonte er die Missachtung mehrerer politisch wichtiger Artikel, vgl. CAMPOS, *Constituição* 41 und 43. Unkritisch zustimmend BONAVIDES, *História Constitucional* 342. Zum Thema vgl. aber – auf die gerichtliche Teilanwendung der Verfassung gegen den autoritären Staat selbst hinweisend – die in *Revista Forense* 35 (1938) 585 erwähnte Entscheidung.

³ Decreto 19398, Art. 1.

„Akten“ der provisorischen Regierung nicht kollidierte.⁴ Um die Maßnahmen der Revolutionsregierung vor Gerichtsentscheidungen zu schützen, wurden „Verfassungsgarantien“ suspendiert und die richterliche Überprüfung von Verordnungen und Regierungsnormen verboten.⁵

Hier findet man schon drei rechtliche Phänomene, die sich in der Militärdiktatur der 1960er Jahre häufen sollten: die Ausschaltung der richterlichen Kontrolle,⁶ der Erlass von Verordnungen mit Gesetzeskraft und die Anwendung von wirklich neuen Gesetzestypen, die zur inneren Hierarchie des bisherigen Rechtssystems nicht passten. Trotz ihrer pompösen, juristisch klingenden Bezeichnungen stützten sich weder die letzteren noch solche Verordnungen mit Gesetzeskraft auf die formal geltende Verfassung.

Die angebliche Vorläufigkeit der sog. „Atos Institucionais“ der 1960er Jahre, ihre genaue „Rechtsnatur“⁷ und die Möglichkeit, für ver-

⁴ Art. 4.

⁵ Art. 5.

⁶ Vgl. *Atos Institucionais* Nr. 1, Art. 7 Abs. 4; Nr. 3, Art. 6; Nr. 5, Art. 5 Abs. 2 und 11 usw. Dazu PAIXÃO, *Autonomia, democracia* 415–458. Die Furcht vor gerichtlichen Nichtigkeitserklärungen in politisch brisanten Fällen war groß. Bereits im Jahr des Militärputsches (1964) warnte der spätere Justizminister Medeiros Silva vor dem Risiko, dass die „politische Sanierung“ mittels „normaler und unerlässlicher“ Säuberungen nicht lang wirken würde, SILVA, *Observações* 475 und DERS., *Seis meses* 450f.

Diese „Prekariatät der Säuberung“ sollte man entweder durch neue Gesetze überwinden (SILVA, *Seis meses* 451) oder mittels argumentativer Tricks umgehen. Die Legitimierung der Entlassungen mittels Berufungen auf die Natur der Sache, die Realität und die Geschichte wurde üblich (vgl. SILVA, *Observações* 450; DERS., *Seis meses* 475, RAMALHETE, *Revolução* 100 und DERS., *Tratamento jurídico* 20f.) – selbst angebliche Parallelen zum hellenischen Ostrazismus wurden erwähnt (vgl. PEREIRA Jr., *Os atos institucionais* 102f.).

⁷ Nach einem der Autoren des ersten „Ato Institucional“ (AI) – Medeiros Silva – sei es „ein juristisches Instrument der Revolution“, ein „Instrument von Verfassungsatur“ und „ein zeitweiliges Verfas-

schiedene Gesellschaftsgruppen „normale“ rechtsstaatliche Behandlung oder „besondere Gesetzlichkeit“ zu statuieren,⁸ waren Fragen, welche die Staatslehre der Militärdiktatur intensiv beschäftigten. Die Gesetzgebung der „provisorischen Regierung“ in den 1930er Jahren mochte zwar theoretisch weniger anstrengende Probleme geschaffen haben – auch sie verlangte aber Kreativität und ideologisches Engagement. Zwischen 1930 und 1934 intensivierte sich die staatliche Intervention in vielen Bereichen – Arbeitsbeziehungen, Kaffeepolitik, Bankverträge, Mietverhältnisse usw. – deutlich. Daraus entstanden Spannungen zwischen dem tendenziell liberalen, herkömmlichen Rechtsdenken und der jüngeren Gesetzgebung der „provisorischen Regierung“. Dies zeigte sich besonders in der Polemik um den „Código de Minas“ – ein Bergbaugesetzbuch mit tiefen Auswirkungen auf die Wirtschaft und auf das Privateigentum der Grundbesitzer.

Die Verordnung, mit der die revolutionäre Regierung 1930 eingerichtet wurde, behandelte die alte Verfassung von 1891 als halblebendiges

sungsgesetz“ (SILVA, Seis meses 449 und 452). Obwohl das AI Ausdruck und Weg der verfassungsgebenden Gewalt sei, habe es auch „Verbindungen zur vergangenen Verfassungsordnung“. Es dürfe letztere teilweise ratifizieren (SILVA, Observações 473f.). Zweck des AI sei auch, nach einer Revolution die „Rechtsordnung [...] wiederherzustellen“ (SILVA, Seis meses 449). Nach dem späteren Richter des Bundesobergerichts Clóvis Ramallete sei das AI eine „revolutionäre Verordnung“ mit unpräziser Bezeichnung (RAMALLETE, Revolução 100). Er versuchte, das AI fast idealtypisch zu beschreiben und seine angeblichen früheren Erscheinungen in der Rechtsgeschichte zu finden (ebd. 99ff.). Von einem „athenischen (sic!) Ato Institucional,“ – wie J.T. Pereira Jr. – hat er aber nie gesprochen (PEREIRA Jr., Os atos institucionais 104).

⁸ Über diese „besondere Gesetzlichkeit“ und ihre oppositionellen Zielgruppen, vgl. FERREIRA FILHO, A democracia possível 72f. Der Autor versucht die diktatorische Repression gleichzeitig zu bestätigen und in gewisser Grad zu regeln.

Wesen.⁹ Ohne eine Renumeration der postrevolutionären Gesetzgebung zu bringen, zeigte das Decreto Nr. 19398 schon in seiner Bezeichnung als einfache Verordnung den Willen der neuen Machthaber, soweit als möglich die Verfassungswidrigkeit der „provisorischen Regierung“ zu verschleiern. Dieses Schwanken zwischen Bruch und Quasikontinuität gab den Juristen die Möglichkeit, die anderen Verordnungen der „provisorischen Regierung“ als Notstandsgesetzgebung wie auch als reine Diktaturmaßnahmen zu behandeln: der Fall des Bergbaugesetzbuches („Código de Minas“) macht dies deutlich.

Das neue Regime basierte auf einer instabilen Allianz brasilianischer „Jungtürken“ in der Armee¹⁰ mit nationalistischen Politikern und regionalen Oligarchien. Die Annäherung an die Kirche und an die Arbeiterklasse reichte nicht aus, um die Stellung des Präsidenten zu sichern; der Propagandaapparat des „Estado Novo“¹¹ existierte noch nicht. Die vagen Konstitutionalisierungshoffnungen waren nicht ausreichend, um die Loyalität aller mächtigen Bundesländer zu sichern. Um zu überleben, musste die „provisorische Regierung“ also nicht nur den Wieder-

⁹ Decreto 19398, Art. 4.

¹⁰ Zur politischen Bewegung der jungen Offiziere („Tenentismo“) und ihre Ziele vgl. u.a. SILVA, 1930 421ff. und J. Távora Selbstbiographie (TÁVORA, Uma vida e muitas lutas), die auf 46, 49, 65 und 262 die Nationalisierung der Bodenschätze erwähnt.

¹¹ Genauso wie der bereits existierende portugiesische „Estado Novo“ Salazars stellte sich das 1937 entstandene, autoritäre Regime als ein „nationaler“, angeblich „menschlicherer“ dritter Weg zwischen dem Liberalismus und dem Kommunismus dar. Trotz der Anwendung faschistischer Propagandamethoden und seiner aktiven nationalistischen Kulturpolitik hat der brasilianische „Estado Novo“ nicht systematisch versucht, den Einzelnen in einen völlig „neuen Menschen“ zu verwandeln (zu einem Vergleich zur faschistischen Absicht, das „foro della coscienza“ selbst zu beherrschen und eine „intima adesione dei cittadini alle necessità dello Stato“ zu sichern, vgl. MORTATI, L'ordinamento del governo 77).

aufbau des Verfassungsstaates in Aussicht stellen, sondern auch nationalistische Modernisierungsmaßnahmen effektiv durchsetzen.

Als die neue Konstituante einberufen wurde, bestand die Gefahr, dass die revolutionär erworbene Macht verloren gehen könnte.¹² In diesem Kontext waren Vargas und der nationalistische Flügel der Regierung gezwungen, rasch zu handeln. Denn es war jetzt nicht mehr auszuschließen, dass die Regierung ihre Macht, im Wege der Ordnungsgebung Gesetz und Verfassung frei ändern zu können, bald verlieren würde. Zwischen der Opposition in der Konstituante und der Regierung begann nun ein Wettlauf mit pathetischen Episoden.

Am 16. Juli 1934 wurde die zweite republikanische Verfassung in Kraft gesetzt. Wenige Tage später – am 20. Juli – veröffentlichte die Regierung das „Bergbaugesetzbuch“. Seinem eigenen Text zufolge wurde es aber bereits am 10. Juli – also noch vor der neuen Verfassung – sanktioniert.¹³

Obwohl es die neue Verfassung im Prinzip erlaubte, das Eigentum an der Oberfläche von Liegenschaften vom Eigentum an den darunter liegenden Bodenschätzen zu trennen, war ihr Text viel weniger radikal als derjenige des Bergbaugesetzbuchs. Letzteres konfiszierte – nämlich zugunsten des Bundes – alle noch nicht entdeckte Bodenschätze und machte das Privateigentum an den bereits vorhandenen Minen und das zugehörige Abbaurecht von einer kurzfristigen Mitteilung an die Bundesverwaltung abhängig.

Diese Bestimmungen des Bergbaugesetzbuches wurden oft mit einer „entschädigungslosen Enteignung“ assoziiert.¹⁴ Die Passivität der Mehr-

heit der Grundbesitzer verhinderte aber nicht den Widerstand gegen die Verordnung. Es soll hier gezeigt werden, wie sich dieser Widerstand als Kampf gegen die „Sondergesetzgebung“ des entstehenden Interventionsstaates artikulierte. Die Anwälte, die an dieser Widerstandsbewegung teilnahmen, gehörten fast durchgehend zum liberalen Lager, federführend war Plínio Barreto (1882–1958). Neben seiner Berufstätigkeit in der rechtsliberalen Presse war er Professor an einer Bastion des Kampfes gegen Vargas an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in São Paulo.¹⁵ Daneben bekämpften aber auch ideologisch nicht so eindeutig zu klassifizierende Juristen – wie etwa der Ministerialrat Luciano Pereira da Silva (1885–1975) – die radikalsten und am weitesten gehenden Neuerungen des Gesetzbuchs.

Trotz der beklagten „politischen Omnipotenz“ des Präsidenten vor der Inkraftsetzung der neuen Verfassung durfte er aber auch nach Ansicht von liberalen Rechtsgelehrten den wesensnotwendigen Unterschied zwischen Sanktion, Promulgation und Publikation nicht missachten:¹⁶ „Obgleich der Diktator alle politische Gewalten“ in seinen Händen „bündelte, ist es selbstverständlich“, so Francisco Morato, dass

¹² Zur Frage der Dauer dieser Macht vgl. u.a. TÁVORA, *Uma vida* 20, 44, 48f, 86 usw.

¹³ Decreto 24642 vom 10.7.1934. Zu seiner Entstehungsgeschichte vgl. BERCOVICI, *Direito econômico* 92f. und 95ff.

¹⁴ Repräsentativ für diese Tendenz BARRETO, *Código de Minas* 84.

¹⁵ Die dort herrschende liberale Tendenz zeigte sich auch im Widerstand gegen das neue „Código de Águas“. Der Dekan Prof. Francisco Morato nannte den Präsidenten Vargas einen „Diktator“ und warf seiner Regierung eine falsche Datierung der Promulgation dieses Gesetzbuchs vor (MORATO, *A inconstitucionalidade do Código de Aguas* 3, 5f). Die verspätete, erst nach der Entstehung der Verfassung von 1934 erfolgte Publikation und die Erwähnung der neuen Verfassungsrichtlinien in der Präambel des „Wassergesetzbuchs“ wiesen, so Morato, auf die Vordatierung der entsprechenden Verordnung hin (6). In diesem Kontext sei es unmöglich, von einer ordentlichen Promulgation zu sprechen – und ohne eine solche sei die einfache Sanktion des Präsidenten nicht allein imstande, den Text des Gesetzbuchs in ein verbindliches Gesetz zu verwandeln.

¹⁶ MORATO, *A inconstitucionalidade do Código de Aguas* 5.

„er bei der Ausübung jeder dieser Gewalten die einschlägigen Normen befolgen muss“.¹⁷ Im Notstand war der Präsident zwar Gesetzgeber, aber „als Gesetzgeber“ durfte er die förmlichen Etappen des Gesetzgebungsverfahrens nicht einfach ignorieren.¹⁸

Im Jahre 1936 erschien in der einflussreichsten juristischen Zeitschrift Brasiliens ein Gutachten, in dem Plínio Barreto den ganzen „Código de Minas“ für juristisch „inexistent“, „verfassungswidrig“ und unwirksam erklärte.¹⁹ Sein Inhalt sei mit dem Prinzip der Gewaltenteilung, der Autonomie der brasilianischen Bundesländer, dem Eigentumsrecht und der Verfassungsgarantie einer „vorherigen angemessenen Entschädigung“ im Enteignungsfalle schlechthin unvereinbar.²⁰ Durch eine geschickte Textanalyse der Verfassung von 1934 gelang es Barreto sogar, den Topos vom Primat des Gemeinwohls und des Kollektivinteresses vor dem Privateigentum gegenüber dem Staat selbst ins Spiel zu bringen.²¹ Und es war gerade die verfassungsgemäße staatliche Befugnis, dem Eigentümer den Abbau mineralischer Rohstoffe zu konzessionieren, die zeige, so Barreto, dass das Privateigentum an den Bodenschätzen weiterexistierte und vom Bergbaugesetzbuch nicht einfach beseitigt werden dürfe.²²

Die materiellrechtliche Debatte interessiert uns hier aber weniger als die Diskussion über das Gesetzgebungsverfahren und über die Gesetzestypen in den Zeiten der „provisorischen Regierung“: Die erste Frage des Gutachtens betraf die Beziehungen zwischen dem revolutionären Regime 1930–1934 und den überlieferten Normen zum Gesetzgebungsverfahren und seinen Etappen. Das Augenmerk soll hier in erster Linie auf

der Interpretation des „Decreto“ liegen, das die „provisorische Regierung“ formell eingerichtet hatte.²³ Folgt man Barreto, dann hatte die Verordnung Nr. 19398 nur „einige Änderungen im Verfassungsrecht“ mit sich gebracht.²⁴ Deswegen sei die Revolutionsregierung auch durchaus dazu verpflichtet gewesen, den Artikel der Einführung zum Bürgerlichen Gesetzbuch über die *vacatio legis* und die „Verbindlichkeit der Gesetze“ zu befolgen.²⁵ Da die Revolutionsregierung nach Barreto nur von Teilen der alten Verfassungsordnung befreit gewesen wäre, hätte sie das noch geltende BGB keineswegs missachten dürfen. Nur nach der offiziellen Publikation der Gesetze sei es aber möglich, „im System des brasilianischen BGBs“ von einer „Verbindlichkeit“ der Gesetze zu sprechen.²⁶ Denn die Publikation sei ein wesentlicher Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens: ohne sie trete kein Gesetz in Kraft.²⁷ Daraus zog Barreto einen radikalen Schluss: „vor der Veröffentlichung gibt es kein Gesetz“²⁸ (im formellen Sinn). Vom oben erwähnten Art. 2 als „Grundnorm unseres Rechts“ hingen die „Verbindlichkeit“, ja selbst die „Existenz“ der Gesetzgebung der revolutionären Regierung, ab.²⁹

Im zweiten Teil seines Gutachtens beschäftigte sich Barreto mit dem Entstehungsprozess des

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ BARRETO, *Código de Minas* 83–85.

²⁰ Ebd.

²¹ Vgl. ebd. 84.

²² Ebd.

²³ Zumindest hier stellte Barreto diese Regierungseinrichtung mittels einer Verordnung nicht in Frage (vgl. ebd. 83).

²⁴ Ebd. 81.

²⁵ Ebd.

²⁶ Ebd.

²⁷ Ebd. 81 und 83. In Urteilen über das „Wassergesetzbuch“ wurde aber 1938 ein ähnliches Argument abgelehnt. Nach dem Bundesobergericht hinge die „Substanz“, das „Wesen des Gesetzes“ nicht von der „Publikation“ ab. Letzere sei nur eine Voraussetzung für die „Kenntnis“ der Gesetze – also keine Vorbedingung für ihre „Gültigkeit“ selbst (s. STF-Agr.P.7886/PE, 164 und 166f. Vgl. auch STF-Agr.I.7878/RS, 162–164).

²⁸ BARRETO, *Código de Minas* 81.

²⁹ Ebd.

„Código de Minas“. Hier dienten entstellte Zitate aus Léon Duguits Schriften³⁰ dazu, die Ungültigkeit des gesamten Gesetzbuchs nachzuweisen: So wie die Existenz und Geltung eines Gesetzes seine Promulgation voraussetze, müsse eine Verordnung publiziert werden, um zu existieren und Geltung entfalten zu können.³¹ Die Schriften Duguits wurden so interpretiert und harmonisiert, um eine punktuelle „Scheininkohärenz“ in seinen Werken zu überwinden.³² Die Teilsuspendierung der früheren Verfassung von 1891 und die Übernahme der legislativen Befugnisse durch die Exekutive konnten nach Barreto die totale Missachtung der für das Gesetzgebungsverfahren vorgeschriebenen Formen nicht rechtfertigen. Die Politik könne die Natur von Rechtsinstituten wie der „Promulgation“, der „Publikation“ wie auch der „Verordnung“ letzten Endes nicht verändern. Das Gesetzbuch sei kein Wesen, dessen Natur in der Politik zu suchen sei: Vielmehr sei es eine Verordnung, die sich einem allgemeinen Begriff des Rechtsaktes und seinen Gültigkeitsbedingungen unterzuordnen habe.³³ Die Entscheidung über die Existenz, Gültigkeit und Wirksamkeit dieses Rechtsaktes schien in diesem Kontext eine technische, rein juristische Frage zu sein.

Trotz seiner angeblichen juristisch-technischen Neutralität ließ sich das Gutachten von Barreto leicht den liberalen Denkströmungen der Zeit zuordnen. Es gehört zu der breiten Welle von Schriften liberaler Rechtsanwälte gegen die Ausdehnung des Interventionsstaates.³⁴ Schwer

fällt hingegen die Klassifizierung eines anderen Werkes zum Thema „Código de Minas“: Pereira da Silvas Aufsatz über die verfassungsrechtlichen Fragen um das Gesetzbuch.³⁵

Der streitbare, aus einer oligarchischen amazonischen Familie stammende Ministerialrat Pereira da Silva weist einen singulären Lebensweg auf: Trotz aller politischen Umwälzungen überlebte dieser hohe Beamte des Landwirtschaftsministeriums die Revolution von 1930, das Ende der „provisorischen Regierung“ 1934 und den Putsch von 1937 politisch. Seine nationalistischen³⁶ Meinungen und seine Tendenz, sich mit den Interessen der Bundesregierung zu identifizieren, hinderten ihn nicht, die „massenhafte Zwangsnationalisierung“ der Bodenschätze „durch das Bergbaugesetzbuch“ für nichtig zu erklären.³⁷ Er setzte sich für das „Eigentumsrecht“ und für das „wohlerworbene Recht“ der Grundbesitzer gegen den „Código de Minas“ von 1934 und seine reformierte Version von 1937 ein.³⁸

u.a. VENÂNCIO FILHO, *Intervenção do Estado no;* SEELAENDER, *Pondo os pobres no seu lugar* und BERCOVICI, *Direito econômico*.

³⁵ PEREIRA DA SILVA, *Legislação* 23–43. Über sein Denken soll bald eine Dissertation von T. Hansen erscheinen.

³⁶ Vgl. z.B. ebd. 24.

³⁷ Ebd. 32.

³⁸ S. ebd. 35, und Decreto-lei 66/37.

Im Prinzip sollte das vor den 1930er Jahren in Europa bereits existierende „decreto-legge“/„décret-loi“ dazu dienen, die Geschwindigkeit und Effektivität von Regierungsmaßnahmen zu steigern. In Italien, Frankreich und Portugal verstärkte es letzten Endes die Exekutive auf Kosten der Legislative beträchtlich. Seine Relevanz für Diktatoren wie Mussolini und Salazar wurde von brasilianischen Rechtsgelehrten bald erkannt (vgl. u.a. MOTTA FILHO, *Poder executivo* 123, 128, 131 und 138. Über die intensive Benutzung des „decreto-legge“ im Faschismus und ihre Auswirkungen auf die Rechtslehre STAFF, *Teorie costituzionalistiche del fascismo* 84, 95, 114, 118, 123 usw., und AGAMBEN, *Estado de excepción* 48ff.).

Nach der oktroyierten Verfassung von 1937 durfte der brasilianische Präsident bis zur (immer verscho-

³⁰ Ebd. 82.

³¹ Ebd.

³² Vgl. ebd.

³³ Vgl. etwa ebd. 83. Diese Tendenz, Verordnungen nicht als Gesetzgebungsmittel, sondern als Regierungsakte (oder Verwaltungsakte) anzusehen, war seit langem in Frankreich feststellbar (vgl. den Fall „Compagnie des Chemins de Fer de l’Est“ 1907 und – über ihn – FOUGÈRE et. al., *Le Conseil d’État* 685).

³⁴ Über die Entstehung des brasilianischen Interventionsstaates und den Widerstand liberaler Juristen vgl.

Der vorsichtige, mild kritische Ton seiner Schriften verbarg Spannungen innerhalb der Regierung selbst. Inwieweit Pereira da Silvas alte Konflikte mit dem revolutionären Minister und Armeeeoffizier Juarez Távora Grund oder Folge seines Widerstandes gegen die Verordnung von 1934 waren, ist heute schwer nachzuvollziehen. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Veröffentlichung des Aufsatzes Teil eines strategischen Manövers war, mit dem er im Juristenmilieu Unterstützung gegen seine Gegner innerhalb der Regierung suchte.

In einer juristischen Zeitschrift stellte sich Pereira da Silva als vorbildlicher Berufsbeamter und Sachwalter der Legalität dar, der in einem „viel höheren Terrain“ als demjenigen der Regierungspolitik „richterähnliche“ Befugnisse hätte.³⁹ „Den Juristen“, so der Autor, falle eine „edle Mission“ zu: Sie sollten die „durch die Rechtsordnung anerkannten Einzelrechte“ schützen und die „Tyrannei“ des Staates hemmen.⁴⁰ Trotz aller ideologischen Unterschiede hatten die Revolutionsregierung, das kurzlebige demokratische Regime 1934–1937 und die danach folgende offene Diktatur des „Estado Novo“ eines gemeinsam: die Kontrolle der Juristen über die Ausübung der staatlichen Gewalt. Allein diese Kontrolle könne die Rechtsordnung als solche retten und auf diese Weise verhindern, dass eine schreckliche Situation der Unterdrückung und der Rechtsunsicherheit eintrete.⁴¹

Pereira da Silva bemühte sich trotz aller Erfolge der Regierung in der Justiz, ein „oppositionelles Verständnis“ des Bergbaugesetzbuchs zu verbreiten. Er erhob diskreten Protest gegen die

benen) Wiederberufung des Kongresses Gesetze in Form von „decretos-*lei*“ frei erlassen. In diesem Kontext wurde das „decreto-*lei*“ zum Hauptvehikel der Kodifikation und der Modernisierung der Rechtsordnung.

³⁹ SILVA, Legislação 39.

⁴⁰ Ebd. 42.

⁴¹ Vgl. ebd.

Niederlage seiner angeblich rein technischen Meinungen innerhalb der Regierung und brachte auf diese Weise seinen Widerstand zu Papier.⁴² In respektvollen, aber deutlichen Worten schildert er seinen Lesern die Geschichte einer machiavellistischen Regierung, die zu Allem bereit scheine, um ihre Entscheidung gegen das Akzessionssystem durchzusetzen. Die Machthaber hätten sogar versucht, die Konstituante zu manipulieren, um sie daran zu hindern, dem neuen Gesetzbuch den Boden zu entziehen.⁴³ Die Regierung habe auch die Verfassung systematisch und absichtlich fehlinterpretiert, um ihre „prekäre“ Stellung irgendwie zu verbergen.⁴⁴

Nach Pereira da Silva war der „Código de Minas“ sowohl in Hinblick auf die Verfassung von 1891 als auch in Hinblick auf diejenige von 1934 verfassungswidrig.⁴⁵ Die Verordnung, mit der die „provisorische Regierung“ formell eingerichtet und deren Notstandsbefugnisse bestimmt worden waren, habe das Privateigentum der Grundbesitzer an den Bodenschätzen keineswegs beseitigt.⁴⁶ Die im Gesetzbuch vorgesehene radikale Nationalisierung der Bodenschätze sei mit der Verfassung von 1934 nicht vereinbar; in dieser sei zwar von einer „progressiven Nationalisierung“ der Minen und von der „sozialen Funktion“ des Eigentums die Rede, aber daraus ergäbe sich keineswegs das Ende des Privateigentums an den Bodenschätzen: Ganz im Gegenteil, diese Bestimmungen wiesen auf dessen Fortexistenz im Verfassungsstaat hin.⁴⁷

Die zwei Diktaturen, die Brasilien im 20. Jahrhundert erlebte, erließen jeweils Verfassungen mit ausgedehnten Menschenrechtskatalogen.

⁴² Vgl. etwa ebd. 39.

⁴³ Vgl. ebd. 29.

⁴⁴ S. ebd. 31f.

⁴⁵ Vgl. ebd. 27ff und 32ff.

⁴⁶ Vgl. ebd. 27. Auch am Gericht legten Rechtsanwälte dieses Argument dar (vgl. z.B. „Corte Suprema“ [STF]-MS 448/DF-1937).

⁴⁷ SILVA, Legislação 30 und 32.

Pereira da Silva setzte die Verfassung von 1937 sogar gegen seinen alten Brotherrn – den autoritären „Estado Novo“ – ein.⁴⁸ Das dort vorgesehene Eigentumsrecht und die Redaktionsfehler in einem Artikel zum Bergbau lieferten dem Autor die entsprechenden Argumente, mit denen er seine Stellungnahmen untermauern konnte.⁴⁹ In den Zeiten des „Estado Novo“ war der Kampf gegen das Bergbaugesetz und seine reformierte Version von 1937 vielfach erfolglos. Es ist in den Quellen aber nicht immer klar erkennbar, wie stark der Einfluss des Kollaborationismus seitens des Bundesobergerichts (STF)⁵⁰ auf die Entscheidungen zu veranschlagen ist.⁵¹

Die Gegner des Bergbaugesetzbuchs, und damit auch des Gesetzgebungswerkes der „provisorischen Regierung“, neigten ganz allgemein dazu, deren Verordnungen als Ausdruck einer außerordentlichen, gegenständlich wie auch zeitlich begrenzten Gesetzgebungsgewalt der Exekutive zu behandeln. Im Vergleich zum Belagerungszustand in der Verfassungsordnung von 1891 sollte der Exekutive bezüglich der Bürgerrechte hier ein viel engerer Spielraum zukommen.

Die Verordnung Nr. 19398 von 1930, in der die Rechtsstellung der neuen Machthaber geregelt war, konnte aber durchaus auch anders gelesen und interpretiert werden, denn ausdrücklich sah sie weder einen Notstand noch einen Belagerungszustand vor. Ebenso wenig war in ihr die definitive Ausschaltung der Grundrechte und die offene Etablierung einer offiziellen, dauerhaften Diktatur angelegt. Auf Grund der unbestimmten und offenen politischen Lage konnte

diese Verordnung weder die diktatorischen Neigungen der brasilianischen „Jungtürken“ gänzlich befriedigen, noch die von gemäßigten Revolutionären angestrebte schnelle Wiederdemokratisierung herbeiführen.

Die Analyse der Auswirkungen dieser spezifischen politischen Lage auf die Verfassungsordnung stellte für die Rechtslehre eine kaum zu unterschätzende Herausforderung dar. Um die Rechtsnatur der postrevolutionären Gesetzgebung besser zu verstehen und ihre Beziehung zu den Befugnissen der Konstituante zu klären, suchte man sogar die Hilfe von Hans Kelsen. Im Oktober 1933 gab der damals in Genf lebende österreichische Rechtstheoretiker ein Gutachten über die verfassungsrechtliche Lage in Brasilien ab. Er betonte, dass „die Bezeichnung einer Regierung als ‚provisorische‘ [...] in der Regel nur politische, keinerlei positivrechtliche Bedeutung“ habe.⁵² „Eine auf revolutionärem Wege gebildete Regierung“ habe letzten Endes „jene Machtvollkommenheiten, die sie selbst in Anspruch nimmt, vorausgesetzt, daß sie im Stande ist, ihren Anordnungen im großen und ganzen Gehorsam zu verschaffen“.⁵³ Es sei auch egal, wie sich die Konstituante selbst bezeichne: Im Grunde beruhten ihre „rechtliche Existenz und [...] Zuständigkeit“ ausschließlich auf der geltenden Verfassung, die dann auch denjenigen juristischen Rahmen beinhalte, den die revolutionäre Autorität zuvor bestimmt habe.⁵⁴ Zwar bezog sich das Gutachten Kelsens unmittelbar auf eine andere Verordnung – nicht auf den „Código de Minas“, trotzdem zeigte es schon die Möglichkeit, jenseits der traditionellen Schranken des Notstandes und des Belage-

⁴⁸ Vgl. ebd. 40f.

⁴⁹ Vgl. – neben SILVA, Legislação 40 – Art. 143 Abs. 4.

⁵⁰ Zur Haltung des STF gegenüber dem „Estado Novo“ vgl. u.a. ESPÍNOLA, Discurso 29f.

⁵¹ Vielleicht zeigten einige Entscheidungen mild ironische Töne selbst in den Passagen, in denen die Richter – zugunsten der Regierung – die unbequeme Frage der Verfassungswidrigkeit des Gesetzbuchs umgingen (vgl. z.B. die Äußerung von Costa Manso im „Fall Butiá“ (1938) – STF-Agr.I. 7878/RS, 169).

⁵² Hans Kelsen, A competência da Assembléia Nacional Constituinte, wörtlich wiedergegeben in: SIQUEIRA, Parecer 373. Über dieses Gutachten vgl. SOLON, Teoria da soberania 211ff; LOSANO, Parecer 624–648; und SIQUEIRA, Parecer 348–374.

⁵³ Ebd. 373.

⁵⁴ Ebd. 371f.

rungszustandes die gesetzgebende Tätigkeit der „provisorischen Regierung“ zu analysieren.

Wer heute Kelsens Standpunkt mit den Stellungnahmen der brasilianischen Gegner und Befürworter des „Código de Minas“ vergleicht, wird die Argumentation des österreichischen Rechtsgelehrten wahrscheinlich konsequenter und kohärenter finden. Soviel Kohärenz war aber andererseits mit den komplexen und wechselhaften politischen Umständen nicht immer vereinbar. Die logische Strenge des Gutachtens führte zu radikalen Schlussfolgerungen, deren Unbequemlichkeit bald deutlich wurde.⁵⁵ Die politischen Kräfte ließen es infolgedessen schließlich doch lieber beiseite, was die die Arbeit der Konstituante erleichterte.

Die neue Verfassungsordnung dauerte aber nicht lange. Die Stärkung des Präsidenten Vargas im Laufe der 1930er Jahre kam dem Überleben seiner Bergbaugesetzgebung natürlich zugute. Kein Wunder also, dass die Polemik um das Bergbaugesetzbuch in der brasilianischen juristischen Literatur jahrzehntelang weiter zitiert wurde, während Kelsens Text in Vergessenheit geriet – und dies gerade in einem Land, in dem sein Werk zur Ausbildung ganzer Juristengenerationen benutzt wurde.

Seit den 1930er Jahren hat die lange Reihe von brasilianischen Verfassungen nicht gehindert, dass die Exekutive eine führende Rolle – oft sogar die Hauptrolle – im Bereich der Gesetzgebung spielte. Im Laufe der Zeit wurden Verordnungen mit Gesetzeskraft, einfache Verordnungen, Mischformen von Verordnung und Gesetz („decretos-lei“), und „provisorische Maßnahmen“ mit Langzeitwirkung immer wichtiger für das Gesellschaftsleben. Inwieweit dieses Phänomen einen breit verstandenen „Ausnahmezustand“, eine angebliche Tendenz der brasiliani-

schen Gesellschaft zum Autoritarismus, die politische Stärkung des brasilianischen Präsidenten dank seiner Volkswahl, die „normale“ Entwicklung des westlichen Interventionsstaates oder die Dekadenz des Parlamentes im technokratischen Zeitalter widerspiegelt, darüber lässt sich streiten. Nur eine schlafwandlerische Rechtslehre aber würde das Phänomen an sich ignorieren.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Airton SEELEANDER
 Universidade de Brasília
 Colina da UNB, Bloco J / 204, Campus Darcy Ribeiro,
 Cep 70904-110,
 Brasília-DF, Brasilien
 1793.see@gmail.com
 ORCID-Nr.

Abkürzungen:

AI	Ato Institucional
Agr.I.	Agravo de Instrumento
Agr.P.	Agravo de Petição
DF	Distrito Federal
MS	Mandado de Segurança
PE	Pernambuco
RS	Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

⁵⁵ Zu den hier bevorzugten Kompromisslösungen in Regimentssachen und zur daraus folgenden Relativierung der originalen Richtlinien der „revolutionären„ Regierung vgl. u.a. BONAVIDES, Constituição 291f.

Literatur

- Giorgio AGAMBEN, *Estado de excepción* (Buenos Aires 2004).
- ANONYMUS, *Uma decisão do Supremo*, in: *Revista Forense* 35 (1938) 585.
- Plínio BARRETO, *Código de Minas*, in: *Revista Forense* 399 (1936) 81–85.
- Gilberto BERCOVICI, *Direito econômico do petróleo* (São Paulo 2011).
- Francisco CAMPOS, *A Constituição de 1937 e a sua vigência*, in: *Senado Federal* (Hg.), *Constituições do Brasil* (Brasília 2001) 35–52.
- Corte Suprema Federal, *Mandado de Segurança Nr. 448 – Distrito Federal* (1937).
- Eduardo ESPÍNOLA, *Discurso do Sr. Ministro Eduardo Espínola*, in: *Archivo judicial* 58 (1941) 39–30.
- Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO, *A democracia possível* (São Paulo 1979).
- Louis FOUGÈRE u.a., *Le Conseil d'État – son histoire à travers les documents d'époque* (Paris 1974).
- Mario LOSANO, *O parecer de Hans Kelsen de 1933*, in: *Direito & Práxis* 7 (2016) 624–648.
- Francisco MORATO, *A inconstitucionalidade do Código de Aguas*, in: *Revista dos Tribunaes* 109 (1937) 3–6.
- Costantino MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Milano 2000).
- Cândido MOTA FILHO, *O poder executivo e as ditaduras constitucionais* (São Paulo 1940).
- Cristiano PAIXÃO, *Autonomia, democracia e poder constituinte*, in: *Quaderni Fiorentini* 43 (2014) 415–458.
- Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR, *Os atos institucionais em face do direito administrativo*, in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 47 (1978) 77–114.
- Luciano PEREIRA DA SILVA, *A legislação sobre minas e jazidas minerais e seus aspectos constitucionais*, in: *Revista de Direito Administrativo* 3 (1946) 23–43.
- Clóvis RAMALHETE, *Tratamento jurídico das revoluções*, in: *Revista de Informação Legislativa* 6, Heft 22 (1969) 13–26.
- Clóvis RAMALHETE, *Revolução como fonte de direito*, in: *Revista de Direito Público* 32 (1975) 94–105.
- Airton Cerqueira Leite SEELAENDER, *Pondo os pobres no seu lugar*, in: *Jacinto COUTINHO, Martônio LIMA* (Hgg.), *Diálogos constitucionais* (Rio de Janeiro 2006) 1–26.
- Hélio SILVA, *1930 – A revolução traída* (Rio de Janeiro 1972).
- Carlos Medeiros SILVA, *Observações sobre o Ato Institucional*, in: *Revista de Direito Administrativo* 76 (1964) 473–475.
- Carlos Medeiros SILVA, *Seis meses de aplicação do Ato Institucional*, in: *Revista de Direito Administrativo* 78 (1964) 449–452.
- Gustavo SIQUEIRA, *O parecer de Kelsen*, in: *Direito & Práxis* 6 (2015) 366–374.
- Ari M. SOLON, *Um texto de Kelsen sobre o Brasil*, in: *DERS., Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão* (Porto Alegre 1997) 215–219.
- Ilse STAFF, *Teorie costituzionalistiche del fascismo*, in: *A. MAZZACANE* (Hg.), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista* (Baden-Baden 2002) 83–125.
- Supremo Tribunal Federal, *Agravo de Petição Nr. 7886, Pernambuco* (1938).
- Supremo Tribunal Federal, *Agravo de Instrumento Nr. 7878, Rio Grande do Sul* (1938).
- Juarez TÁVORA, *Uma vida e muitas lutas*, Bd. 2 (Rio de Janeiro 1974).
- Alberto VENÂNCIO FILHO, *A intervenção do Estado no domínio econômico* (Rio de Janeiro 1998).
- Francisco José de Oliveira VIANNA, *Ensaio inéditos* (Campinas 1991).