



**UFRRJ**

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL  
DO RIO DE JANEIRO

**IEC**  
INSTITUTO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES

# RDPCC

## Revista de Direito Público Contemporâneo

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ

Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela  
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, IEC



# RDPC

## Revista de Direito Público Contemporâneo

**Ano nº 02 | Volume nº 02 | Edição Nº 02 | Jan/Jun 2017**  
**Año nº 02 | Volumen nº 02 | Edición Nº 02 | Julio/Diciembre 2017**

**Fundador:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.**

**Editores-Chefes | Editores-Jefes:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.**

**Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.**

**Equipe Editorial | Equipo editorial:**

**Amanda Pinheiro Nascimento**

**Camila Pontes da Silva**

**Jonathan Mariano**

**Gabriela Rabelo Vasconcelos**

**Thiago Alemão**

**Diagramação | Diagramación:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.**



**UFRRJ**

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL  
DO RIO DE JANEIRO



**IEC**  
INSTITUTO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES

**Revista de Direito Público Contemporâneo**  
**Revista de Derecho Público Contemporáneo**  
**Journal of Contemporary Public Law**

**Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional**  
**International Editorial Board**

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Italia.  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.  
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Chile.  
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal  
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilla.  
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir.  
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York.

**Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional**  
**National Editorial Board**

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.  
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares,  
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.  
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.  
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.  
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.  
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil  
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.  
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP,  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.  
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

**Avaliadores | Evaluadores | Evaluators**

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.  
Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.  
Sr. Alex Assis de Mendonça, A faculdade de economia e finanças Ibmec, IBMEC, Rio de Janeiro, RJ,  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.  
Sr. Alex Cavalcante Alves, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil  
Sra. Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos, Pontifícia Universidade Católica, PUC-RJ,  
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG,  
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.  
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.  
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.  
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal  
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sra. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, RJ,  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Paulo Roberto dos Santos Corval, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.  
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil  
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.  
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica PUCSP, São Paulo, SP,  
Sr. Victor Aguiar Jardim de Amorim, Instituto de Direito Público, Brasília Brasil., Brasil  
Tatiana Vieira de Moraes, Brasil  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.  
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

**Editores-Chefes | Editor-in-Chief**

Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.

# Revista de Direito Público Contemporâneo

## Journal of Contemporary Public Law

### Sumário:

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>006</b>
Emerson Affonso da Costa Moura	
<b>O SINDICALISMO CONTEMPORÂNEO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - THE CONTEMPORARY SYNDICALISM IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW .....</b>	<b>007</b>
Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazan	
<b>DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM .....</b>	<b>032</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>ARMADILHAS NO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO EM CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS .....</b>	<b>060</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DO USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>074</b>
Cássio de Lima Lopes	
<b>DILEMAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL: DA EXPECTATIVA DOS TRATADOS AO FUROR LEGISLATIVO INTERNO .....</b>	<b>100</b>
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso	
<b>EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO PERDIDA. (ANÁLISE CRÍTICO-DOGMÁTICA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....</b>	<b>116</b>
Danilo Nascimento Cruz	
<b>O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL .....</b>	<b>136</b>
Bleine Queiroz Caúla, Francisco Lisboa Rodrigues	
<b>A REDEMOCRATIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR E A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL .....</b>	<b>152</b>
Felipe Santos Ferreira, Clara Cardoso Machado Jaborandy e Liziane Paixão Silva Oliveira	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DO TENSO E FRÁGIL EQUILÍBRIO ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO .....</b>	<b>174</b>
Antonio Celso Baeta Minhoto e Wallace Ricardo Magri	

# Revista de Direito Público Contemporâneo

## Journal of Contemporary Public Law

### Resumen:

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>006</b>
Emerson Affonso de la Costa Moura	
<b>EL SINDICALISMO CONTEMPORÁNEO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO - EL CONTEMPORARY SYNDICALISM EN EL DEMOCRATIC STATE OF LAW .....</b>	<b>007</b>
Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazan	
<b>DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM .....</b>	<b>032</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>ARMADILLAS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS .....</b>	<b>060</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>LA INCIDENCIA DEL ICMS SOBRE LAS TARIFAS DEL USO DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>074</b>
Cássio de Lima Lopes	
<b>DILEMAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: DE LA EXPECTATIVA DE LOS TRATADOS AL FUROR LEGISLATIVO INTERNO .....</b>	<b>100</b>
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso	
<b>EN BUSCA DE LA FUNDAMENTACIÓN PERDIDA. (ANÁLISIS CRÍTICO-DOGMÁTICO AL PROCEDIMIENTO CIVIL BRASILEÑO .....</b>	<b>116</b>
Danilo Nascimento Cruz	
<b>EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL .....</b>	<b>136</b>
Bleine Queiroz Caúla, Francisco Lisboa Rodrigues	
<b>LA REDEMOCRATIZACIÓN DE LA POLÍTICA MILITAR Y LA (IN) EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN BRASIL .....</b>	<b>152</b>
Felipe Santos Ferreira, Clara Cardoso Machado Jaborandy e Liziane Paixão Silva Oliveira	
<b>EL ACTIVISMO JUDICIAL EN TAZA Y FRÁGIL EQUILIBRIO ENTRE INCLUSIÓN SOCIAL Y LIBRE-INICIATIVA: EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y SU INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO ECONÓMICO .....</b>	<b>174</b>
Antonio Celso Baeta Minhoto e Wallace Ricardo Magri	

**DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM**

**THE CONVENTION OF THE UNITED NATIONS AGAINST CORRUPTION-CASES AND THE DUTY FOR THE INSTITUTION OF COMPLAINT MECHANISMS FOR ANONYMOUS COMPLAINT-ACT: IMPACT ON THE BRAZILIAN JURIDICAL SYSTEM**

**Paulo Ricardo Schier<sup>13</sup>**

**Zusammenfassung:** Eine der größten Probleme der modernen Welt sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich ist das Bestechungsphänomen. Nicht ohne Grund ist die Korruption in einem solchen Krisenmoment des Rechtsstaates einer der schädlichsten Faktoren für die Demokratie und die Rechtsvernunft. Ist die Situation im privaten Bereich besorgniserregend, so ist es offensichtlich, dass es im öffentlichen Sektor zu den schädlichsten Auswirkungen kommt, denn die Korruptionshandlungen gefährden normalerweise die Voraussetzungen der Demokratie und des Rechtsstaates. Nicht ohne Grund einer weltlichen Tendenz folgend (zumindest unter den die Demokratie ernst nehmenden Staaten) schafft, kräftigt und entwickelt das brasilianische Rechtssystem einen institutionellen Rechtsapparat zur Korruptionsbekämpfung. In diesem Kontext unterzeichnete Brasilien das UN-Abkommen gegen die Korruption, das die anonyme Anzeige zulässt und sogar unterstützt. Die brasilianische Verfassung und die einfachen Rechtsvorschriften aber verbieten solche Anzeigen. Trotz scheinbarem Widerspruch ist es möglich, eine Lösung zu finden, die die nationale und internationale Bekämpfungsabsicht gegen die Korruption durch die Annahme der anonymen Anzeige anpasst. Vorausgesetzt wird, dass das Institut nur das Ziel, die Voruntersuchungen im Verwaltungs- und Gerichtsbereich zu unternehmen, verfolgt, wobei solche Anzeigen nicht genügend sind, um Ermittlungsverfahren und formelle Anschuldigungen einzuleiten.

**Schlüsselwörter:** Anonyme Anzeige; Bestechung; Grundrechte; Demokratie; internationales Verfassungsrecht; Anpassung zwischen internem und internationalem Recht

---

<sup>13</sup> Doktor für Verfassungsrecht an der UFPR. Verfassungsrechtsprofessor im Grund- und Master-Aufbaustudium an der UniBrasil, am Institut für Postgraduierung der Rechtswissenschaften Romeu Felipe Bacellar und der brasilianischen Akademie für Verfassungsrecht. Gastprofessor an der Universität Wroclaw (Polen). Forscher am NUPECONST – Forschungszentrum für Verfassungsrecht – CNPq. Ehrenmitglied der brasilianischen Akademie für Verfassungsrecht. Mitglied der Rechtslehre-Kommission der brasilianischen Anwaltsordnung (OAB) – Paraná-Vertretung. pauloschier@uol.com.br

**Abstract:** One of the major contemporary concerns of our world, in its public and private arenas as scopes, has its reality on the phenomenon of corruption. Not without a reason it stands, for in a crisis moment - for the Constitutional State - corruption is shown out - as one of the most harming forces for Democracy and the special juridical reasoning of states. If it is placed largely, that in the private sector - such situation is of a special worrying reality, it will be in the public sphere that it will impact even more perversely -, for, at true-stands-being - as normally, standing-corruption acts place in jeopardy-action the Figures of Democracy and of the Constitutional State of Rights. It naturally evolves, that in the Brazilian Juridical System, as in its world-follow-of-tendency-status - (in at least the States of Worrying Focus for such), there is the creation of such in the growing-standards of its various actions; as it also affirms and develops the all factors of a Juridical Apparatus for Corruption - Firm - Combat. In this context, Brazil became a grouping force ally against Corruption with the United Nations Convention on Corruption, which, admits and even incentivates anonymous complaint-acts. Nevertheless, the Brazilian Constitution and its ordinary legislation seal as to the impossible in law made focus such complaints. Even though the apparent contradiction, it is possible to find a regulating solution which enables the compatibilization of the national-fame-base of Law and international-comings; in the combat of corruption being for the admission of complaint anonymously carried, once the institute is accepted in the only-purpose of bringing up the levels of preliminary investigations, in the administrative or judicial scope, though not making it a possible sufficiency of action in itself-alone, to the instauration of processes and formal accusations standings.

**Keywords:** Anonymous complaint; Corruption; Fundamental Rights; Democracy; International Constitutional Law; Internal Law Compatibilization and International

## I. EINFÜHRUNG

Eine der größten Sorgen der modernen Welt sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich ist das Bestechungsphänomen. Nicht ohne Grund ist in solch einem Krisenmoment des Rechtsstaates<sup>14</sup> die Korruption als einer der schädlichsten Faktoren für die Demokratie und die Rechtsvernunft<sup>15</sup>. Ist die Situation im privaten Bereich besorgniserregend, so ist es offensichtlich, dass es im öffentlichen Sektor zu den schädlichsten Auswirkungen kommt, denn die Korruptionshandlungen gefährden

---

<sup>14</sup>. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. IN: ZOLO, Danilo & COSTA, Pietro (Orgs.). **O estado de direito – história, teoria, crítica**. São Paulo: Martin Fontes, 2006, p. 3-94.

<sup>15</sup>. FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, cap. 1.

normalerweise die Voraussetzungen der Demokratie und des Rechtsstaates. Die Gedanken des Respekts vor der Legalität und dem Rechtssystem<sup>16</sup>, Respekt vor Gleichheit aller Bürger sowie Respekt vor den dem republikanischen Prinzip innewohnenden Werten<sup>17</sup>, wie die Unpersönlichkeit, die Transparenz, die Moralität und die Kontrolle der Staatsakte<sup>18</sup>, scheitern vor der Korruption.

Die Gründe, weswegen das brasilianische Rechtssystem einer weltlichen Tendenz folgend (zumindest unter den die Demokratie ernst nehmenden Staaten) einen institutionellen Rechtsapparat zur Korruptionsbekämpfung schafft, kräftigt und entwickelt, sind also verständlich<sup>19</sup>. Wie bereits erwähnt, handelt es sich hierbei um eine weltweite Tendenz. Auf internationaler Ebene sind eben die dieses Thema behandelnde Gesetzesinstrumente nicht wenige. Zu erwähnen sind hier z.B. die in Paris am 17. Dezember 1997 unterzeichnete Konvention zur Korruptionsbekämpfung von ausländischen Beamten in internationalen Handelsgeschäften von der Organisation zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und die UN-Resolution vom 12. Dezember 1996 der Korruption<sup>20</sup>.

Unter den international unterzeichneten zahlreichen Instrumenten interessiert insbesondere diese Studie zum Art. 13 § 2 UN-Konvention gegen Korruption. Die Vorschrift bestimmt ausdrücklich, dass die unterzeichnenden Staaten – darunter Brasilien – Maßnahmen fördern sollen, um die *anonyme Anzeige* zu ermöglichen: „Jeder Staat soll geeignete Maßnahmen unternehmen, um zu gewährleisten, dass die Öffentlichkeit die in der Konvention erwähnten zuständigen Behörden zur Korruptionsbekämpfung zur Kenntnis nimmt, und den Zugang zu solchen Behörden

---

<sup>16</sup>. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 86-92.

<sup>17</sup>. CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 88-89.

<sup>18</sup>. FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-30.

<sup>19</sup>. Zur Komplexität des Korruptionsbegriffs siehe: GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuição do direito internacional ao combate à corrupção. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 58, Jan-Jun 2011, p. 351-354.

<sup>20</sup>. Dieses Abkommen ist aus der Resolution n° 55/61 vom 4. Dezember 2000 der UN-Generalversammlung entstanden, wobei es als notwendig angesehen wurde, mit einem gegen die Korruption wirksames Rechtsmittel zu rechnen. Nach der Resolution 56/260 wurde entschieden, einen Sonderausschuss zur Verhandlung eines Abkommens gegen die Korruption zu schaffen.



ermöglicht, wenn es **um die - inklusiv anonyme - Anzeige** von jeglichen Vorfällen geht, die eine qualifizierte Zuwiderhandlung gemäß dieser Konvention begründet<sup>21</sup>.

Brasilien nahm die Unterzeichnung der Konvention vorweg. Ihre ganze Internalisierung ist noch nicht geschehen. Deren Inhalt bringt aber sicherlich verschiedenste Auswirkungen im brasilianischen Rechtssystem. Es macht sich bemerkbar, dass viele von den elektronischen Regierungs- und Polizeiseiten irgendwelche Mittel haben, die die anonyme Anzeige erlaubt (schriftlich oder durch den Zugang zu besonderen Telefonnummern). Die Anpassung der erwähnten internationalen Vorschrift an das brasilianische Verfassungsrecht ist fraglich und, ob in diesem Bereich eine Lösung möglich ist, die erlaubt, die Mechanismen zur Korruptionsbekämpfung der Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte anzupassen.

Solche Besorgnisse sind rechtfertigt, da es sich um einen demokratischen Rechtsstaat oder genauer um einen Verfassungsstaat handelt, und man darf nicht vergessen, dass neben der Unterwerfung unter eine Rechtsordnung dessen vollständige Charakterisierung vom Verbindungsgrad mit dem Schutz und der Verwirklichung der Grundrechte abhängt<sup>22</sup>. Der Rechtsstaat ist also nicht nur ein Zweckstaat. Es ist ein begrenzter Staat hinsichtlich der Mittel und Zwecke<sup>23</sup>. Die Unterwerfung und der Respekt der Gesetze und des Rechtssystems sind nicht ausreichend, materielle Bindung zu den Grundrechten ist notwendig. Die Verwirklichung der Grundrechte alleine reicht nicht aus, die Verwirklichung muss durch geeignete Mittel erfolgen. Im Rechtsstaat ist es also nicht ausreichend, dass die Staatsleistung nur gute Vorsätze, wie die Schaffung von Korruptionsabwehrmechanismen, beinhaltet. Die Mittel müssen auch an andere durch Recht geschützte und betreute Zwecke angepasst werden.

Um auf diese Frage näher einzugehen, muss man das Institut der anonymen Anzeige im Kontext des brasilianischen Verfassungsstaats und dessen Verbindung zu den Grundrechten verstehen. Das bedeutet, dass diese eine Verbindung zum System als Ganzes ist und nicht in Verbindung mit den einzelnen Grundrechten verstanden

---

<sup>21</sup>. Dieses Abkommen wurde am 9. Dezember 2003 in Mérida - Mexiko unterzeichnet, somit wurde der 9. Dezember der Internationale Tag zur Korruptionsbekämpfung.

<sup>22</sup>. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 29.

<sup>23</sup>. NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 101-102.

werden kann. Letztendlich handelt es sich in Brasilien um dieselbe Verfassung, die die Grundrechte schützt und die Anonymität verbietet, den gesetzwidrigen Drogenschmuggel verabscheut und das öffentliche Vermögen, die Republik und die Moralität schützt.

## **II. ANONYME ANZEIGE, REGLEMENTIERUNG IN BRASILIEN UND DIE DILEMMATA DER JURISPRUDENZ.**

Wie oben dargestellt, lässt sich aus den brasilianischen Verfassungsnormen entnehmen, dass die Einführung von Verwaltungs- und Gerichtsprozessen auf der Grundlage der anonymen Anzeige mit der Bundesverfassung unvereinbar ist, da es gegen den Art. 5 IV verstößt, der bei Anonymitätsverbot die Ehre, den Widerspruch und die weitgehende Verteidigung besonders schützt.

Außerdem verlangt auf der Gesetzesebene der brasilianischen Normen unter Beispiel des im Landesgebiet gültigen Verwaltungsprozesses das Bundesbeamtengesetz – Gesetz Nr. 8112/90 – im Art. 144 ausdrücklich die Identifizierung des Anzeigers, Adresse und Echtheitsbestätigung bei Anzeigenprozessen gegen Beamten. Der Art. 6 Gesetz Nr. 9784/99 (Verwaltungsprozessgesetz) verlangt dasselbe.

Das Gesetz gegen die Unredlichkeit in der Verwaltung - eine weitere wichtige Normreferenz zur Analyse dieses Themas in Brasilien - hindert im Art. 14, einziger Paragraph, das Verfahren der anonymen Anzeige. Dieses Spektrum wiederholt sich in allen Bundes-, Landes- und Gemeinenormen, die die öffentliche Verwaltung regeln<sup>24</sup>.

Die brasilianischen Normen stellen bezüglich der anonymen Anzeigen klar: Anonyme Anzeigen sind nicht erlaubt.

Wie kann Brasilien solch ein internationales Abkommen unterzeichnen und versprechen, bald Mechanismen zu schaffen, die die anonyme Anzeige insbesondere im öffentlichen Bereich fördern? Es muss dazu erwähnt werden, dass das Verbot der anonymen Anzeige im System nicht absolut ist, so wie auch kein anderes Grundrecht absolut ist.

---

<sup>24</sup>. Weder die Strafprozessgesetze und Strafgesetze noch andere außerhalb der Grenzen des so genannten Verwaltungsprozesses sind Objekt dieser Studie. Hier geht es ausschließlich um einen methodologisch notwendigen Ausschnitt im Rahmen der vorliegenden Studie.

Das Verbot der anonymen Anzeigen muss aus dem ihm rechtfertigenden Zweck verstanden werden, d.h. aus der ihm unterstützenden konkreten verfassungsmäßigen Begründung. Und hier wirft sich die Frage auf: Welcher ist im Bereich der brasilianischen öffentlichen Verwaltung der Grund für das Verbot der anonymen Anzeige? Was soll geschützt werden? Das ist die erste zu beantwortende Frage.

Die die anonyme Anzeige orientierende Kernidee scheint der Schutz der Ehre des Beamtentums zu sein. Es ist außerdem ein subjektives Recht der Beamten gegen leere, unbegründete Anzeigen, politische Verfolgungen, Ehrenverletzungen durch Feinde oder falsche Menschen, um zu verhindern, dass durch den Anonymitätsmantel unverantwortliche Dritte das Ansehen und die Bürgerehre verletzen, die dem öffentlichen Zweck dienen und auf ihn aufpassen<sup>25</sup>. In Bezug auf Privates verbindet sich der Zweck mit der Notwendigkeit des Schutzes von Nomen, Ehre, Würde, Ansehen und Wehrrecht.

Im öffentlichen Dienst geht es also nicht um die Zusicherung der natürlichen Person als Beamte, sondern um den Schutz der Würde der öffentlichen Stelle und des Zugangs höherer Zwecke der Verwaltung selbst<sup>26</sup>. Das liegt darin begründet, weil sonst ohne Regel skrupellose Individuen aller Art von Verleumdung anonym und straflos Nutzen machen können, ohne den Opfern Verteidigungschancen zu ermöglichen, die dann den Zwang von Ermittlungen und disziplinen Verwaltungsprozessen erleiden würden, denn das ist ein Verfahren, dessen Inhalt sich öffentlich im Behördenbereich mit schadensersatzloser Beschwerne zu dem auf gesetzwidriger Weise angeklagten Beamten widerspiegelt<sup>27</sup>.

Der oben genannte Art. 144 Gesetz Nr. 8112/90 ist keine Gewährleistung für diejenigen, die einen öffentlichen Dienstposten ausüben und die sie angenommene Würde. Deswegen ist der feste Beweis und die Identifizierung, Qualifizierung, Adresse und schriftliche Anzeige der Anzeigenden notwendig, andererseits leiden die Beamten unter unheilbaren Beleidigungen und physischen Schäden, nur weil ein Unbekannter

---

<sup>25</sup>. MARTINS, João Barbosa. Processo administrativo disciplinar e o trato da denúncia anônima. In: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/913/O-processo-administrativo-disciplinar-e-o-trato-da-denuncia-anonima>, Zugang am 28.09.2012.

<sup>26</sup>. CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A instauração de processos administrativos disciplinares a partir de denúncias anônimas. In: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=402>, acessado em 04/07/2000.

<sup>27</sup>. LESSA, Sebastião José. Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 6.

– eventuell ein Feind oder auch eine böswillige Person – ein apokryphes Mittel anwenden will, um den Beamten schlicht zu beeinträchtigen<sup>28</sup>. Und in Brasilien sind die Konfliktsituationen zwischen den Bürgern und der öffentlichen Verwaltung, die nicht selten als unbegründete Anzeige, als Rache wegen nicht nachgekommenen Privatinteressen enden, nicht wenige.

Mit dem Verbot der anonymen Anzeige will man den Namen, die Würde und das Ansehen der Beamten selbst schützen. Außerdem wird auch der passende Rechtsschutz von Widerspruch und weitgehender Verteidigung beabsichtigt. Die Stabilität der Verhältnisse im Bereich der öffentlichen Behörde soll geschützt werden. Des Weiteren soll verhindert werden, dass das Recht und die Staatsmaschine mit der kleinlichen Absicht der politischen Verfolgung oder des Egoismus benutzt werden.

Trotz dem Verbot der anonymen Anzeige dementieren die Erfahrungen in der Verwaltung und Rechtsprechung in Brasilien alles, was bisher behauptet wurde. Es scheint, als gäbe es nicht mal auf interner Ebene ein Einverständnis bezüglich der Reichweite und der Wichtigkeit der anonymen Anzeigen.

Genau das bestätigt sich bei der Analyse der brasilianischen Obergerichte und der Urteile in Bezug auf anonyme Anzeige in Verwaltungsprozessen, wo sich genau das Gegenteil bestätigt: die fast wahllose Annahme dieses Rechtsinstituts. Diese Auffassung der brasilianischen Gerichte muss zur Kenntnis genommen werden, denn durch dies, d.h. durch eine passende Auffassung gewisser Übertreibungen, wird es möglich sein, einen demokratischen Sinn aufzubauen, um die Anwendung des hier untersuchten Abkommens zu ermöglichen.

Bei der Analyse der Rechtsprechung des Obergerichtshofs im Bereich der Urteile über anonyme Anzeigen in Verwaltungsprozessen findet man die fast kritiklose Annahme dieser Einwendung. Man beobachtet beispielsweise, dass in Sonderberufung 2006/0153177-0 (Obergerichtshof) die Einleitung vom Disziplinarprozess auf der Grundlage der anonymen Anzeige mit angeblicher Bewilligung von der Verwaltung auferlegten Sollbefugnis vom Selbstschutz stattgegeben wurde. In der einstweiligen Verfügung 2006/0249998-2 (Obergerichtshof) rechtfertigt dieselbe Sollbefugnis vom Selbstschutz die Bewilligung

---

<sup>28</sup>. RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao regime único dos servidores públicos civis**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 246.

zur Einleitung einer anonymen Anzeige als Grundlage des Verfahrens. Die Lage wiederholt sich in anderen Sachverhalten: Berufung zur einstweiligen Verfügung Nr. 2005/0044783-5; Berufung zur einstweiligen Verfügung Nr. 2004/016292-5; einstweilige Verfügung Nr. 2000/0063512-0; einstweilige Verfügung Nr. 2000/012537-5; einfache Berufung in einstweiliger Verfügung Nr. 1991/0018676-7; einfache Berufung in einstweiliger Verfügung Nr. 4.435; einfache Berufung in einstweiliger Verfügung Nr. 1.278 und Berufung in em *Habeas Corpus* Nr. 7.329, alle vom Obergerichtshof.

Nach der Auffassung des Obergerichtshofs ist die anonyme Anzeige im System also legitim angesichts der „Sollbefugnis vom Selbstschutz“ oder der „Sollbefugnis von Ermittlungen“ trotz des ausdrücklichen Gesetzesverbots der anonymen Anzeige“.

Zusammenfassend zeigt das praktische Resultat in der Erfahrung des Obergerichtshofs, dass die Berufung auf die Prinzipien (i) des Selbstschutzes und (ii) des Schutzes von Gütern und öffentlichen Interessen die Überwindung von die anonyme Anzeige verbietenden Verfassungs- und Gesetzesnormen befürwortet. Mit anderen Worten nutzt das erwähnte Gericht Prinzipien wie Normen und gibt denen Endgültigkeitscharakter<sup>29</sup>, um die Anwendung von Regeln zurückzunehmen, die die anonyme Anzeige in jeder Situation verbieten.

Auf der Ebene des obersten Bundesgerichts (Supremo Tribunal Federal) stellt die Auslegung komplexe Strukturen dar. Vor dem STF (brasilianischem Verfassungsgericht) wird sowohl das Verbot von anonymen Anzeigen als auch die mit dem Selbstschutz, der Unpersönlichkeit, der Moralität usw. verbundenen Interessen als Prinzipien behandelt, was die passende Abwägung bei der Lösung der verschiedenen konkreten Fälle verlangt<sup>30</sup> (der Ausdruck „Güterabwägung“ und „Abwägung“ wird in fast allen Fällen direkt benutzt). Beispielweise beobachtet man folgenden Beschluss (unten zusammenfassend dargestellt):

MS 24.369-DF  
BERICHTERSTATTER: OBERSTER RICHTER CELSO DE MELLO.  
ZUSAMMENFASSUNG: ANONYME ANZEIGE. MITTEILUNG VON IM  
BEREICH DER ÖFFENTLICHEN VERWALTUNG VERÜBTEN  
SCHWERWIEGENDE TATEN, DIE IM GRUNDE GESETZESWIDRIG  
SIND (ANGEBLICH GERICHTETE DURCHFÜHRUNGEN VON

---

<sup>29</sup>. Zur Regelanwendung mit Endgültigkeitscharakter siehe: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-106.

<sup>30</sup>. Zur Prinzipienanwendung als Gebot *prima facie* siehe: Idem, *ibidem*.

ÖFFENTLICHEN ANGEBOTEN UND BEHAUPTUNG VON ÜBERTRIEBENEN TAGESPREISEN). DAS VERFASSUNGSVERBOT DER ANONYMITÄT (ART. 5 IV "IN FINE" CF) ANGESICHTS DER RECHTSETHISCHEN NOTWENDIGKEIT DER ERMITTLUNG VON ABGEWENDETEN BEAMTENAUFGABEN. STAATSPFLICHT AUFGRUND DER BEACHTUNGSPFLICHT VON POSTULATEN DER LEGALITÄT, UNPERSÖNLICHKEIT UND VERWALTUNGSMORALITÄT (ART. 37 „CAPUT“ CF) MACHT DEN AUFTRAG ZUR ERMITTLUNG VOM EVENTUELL DAS ÖFFENTLICHE INTERESSE VERLETZENDE VERHALTEN UNABDINGBAR. SOZIALINTERESSE IM MÖGLICHEN KONFLIKT MIT DER ERFORDERNIS DES SCHUTZES DER UNVERLETZLICHKEIT DER PERSONENMORAL (ART. 5 X CF). DAS SUBJEKTIVE ÖFFENTLICHE RECHT DES BÜRGERS AUF DIE REDLICHE AUSÜBUNG VON STAATSBEDIENSTETEN DER REDLICHKEITSPFLICHT BEGRÜNDETE EINE EXTERNE BEGRENZUNG DER PERSÖNLICHKEITSRECHTE. FREIHEITEN IM ANTAGONISMUS. DIALEKTISCHE SPANNUNGSSITUATION ZWISCHEN STRUKTURIERENDEN PRINZIPIEN DER VERFASSUNGSORDNUNG. RECHTSKOLLISION, DIE SICH IN JEDEM SACHVERHALT MITTELS ABWÄGUNG VON IM KONFLIKT STEHENDEN WERTEN UND INTERESSE KLÄRT. ÜBERLEGUNGEN AUS DEN LEHREN. VORBESCHIED NICHT STATTGEGEBEN.

#### BESCHLUSS:

...

Das Verfassungsverbot der Anonymität versucht, wie bekannt, die Beendigung von Missbräuchen in der Freiheitsausübung der Gedankenäußerung zu verhindern, denn bei Verlangen der Identifizierung desjenigen, der solche rechtspolitischen Sonderanspruch wahrnimmt, der für die Gestalt des demokratischen Rechtsstaates wesentlich ist, beabsichtigt man letztendlich zu ermöglichen, dass eventuelle Übertreibungen aus der Praxis des Rechts auf freie Äußerung zur Verantwortlichkeit „a posteriori“ sowohl im Zivil- als auch im Strafbereich herangezogen werden. Diese Verbotsklausel – die nicht als Annullierung der Gedankenfreiheiten ausgelegt werden soll – entstand im brasilianischen positiven Verfassungsrechtssystem mit der ersten 1891 verkündeten republikanischen Verfassung (Art. 72 § 12) mit dem Ziel, die Anonymität zu verhindern, Missbräuche in der konkreten Ausübung der Gedankenäußerungsfreiheit zu hemmen, womit dann die Annahme von Verantwortungsmaßnahmen von denjenigen, die bei Veröffentlichung von Büchern, Zeitungen und Flugblättern das Moralvermögen der durch Übertreibungen erleidenden Personen verletzen, wie bedeutsame Interpreten dieses Grundrechtsinstituts es hervorheben, ermöglicht wird.

...

Daraus besteht also die Norm*ratio* vom Art. 5 IV der republikanischen Verfassung, wobei „die Gedankenäußerung frei ist und die Anonymität verboten wird“ (hervorgehoben). Es ist offensichtlich, dass die Klausel, die die Anonymität verbietet – indem es die strafrechtliche und/oder zivilrechtliche Verantwortung „a posteriori“ des Beleidigers ermöglicht – Verfassungsmaßnahme darstellt, um missbräuchliche Gedankenäußerungen zu entmutigen, die das Moralvermögen der auf ungerechter Weise beleidigten Personen in ihrer Würde

beeinträchtigen können, ungeachtet der benutzten Mittel der beleidigenden Misshandlungen.

...

Die Gedankenäußerung erreicht nicht selten Rechtssituationen anderer Personen, denen das individuelle Grundrecht auf Antwort zusteht. Der Art. 5 V belegt es wie folgt: Das der Beschwerde verhältnismäßige Recht auf Antwort ist, neben Schadensersatz wegen materiellem, moralischen Schäden oder dessen Ansehen gesichert. Dieses wie oben dargestellte Antwortrecht ist eine Garantie der Wirksamkeit des Rechts auf Privatsphäre. Das ist eine Art von Konflikt, der in der Ausübung der Informations- und Kommunikationsfreiheit häufig ist.“

Dieser Antrag nach seinem dem Anonymitätsverbotsklausel zugrunde gelegtem Inhalt behauptet das Vorhandensein von Verfassungshindernissen auf Formulierung von anonymen Anzeigen in unserer positiven Ordnung. Es ist unbestritten, dass die anonyme Anzeige dialektische Spannungssituationen zwischen durch die Verfassungsordnung geschützten Grundwerten hervorrufen kann, wobei dann Rechtskollision entsteht, die durch Gegenüberstellung von rechtsgleichwertigen Freiheiten charakterisiert wird. Des Kontextes ungeachtet muss die Lösung so sein, dass eine der Grundprärogativen gegenüber dem Antagonismus mit der Verfassungsklausel zugrunde gelegt gewissem Interesse Vorrang bekommt. Dieser von der Partei vorgelegte Sachverhalt – die Bundesautarkie – kann eventuell das Aufkommen von Konfliktsituationen zwischen gründlichen Rechten von verschiedenen Subjekten darstellen. Einerseits besteht die Verfassungsnorm, die die Anonymität (Art. 5 IV CF) verbietet, um die Unverletzlichkeit der Persönlichkeitsrechte (wie Würde, Privatleben, Ansehen und Intimsphäre) im Prozess der freien Gedankenäußerung zu schützen, indem auf diese Weise missbräuchliche anonyme Anzeigen entmutigt werden. Andererseits gibt es gewisse auch im Verfassungstext verankerte Grundpostulate, die dem Erfordernis der Gesetzesanpassung der Verhaltensweisen der Staatsbediensteten (Art. 5 II CF) reelle Wirksamkeit verleihen, damit diese sich den rechtsethischen Standards aus dem Prinzip der Verwaltungsmoralität (Art. 37 caput CF) anpassen. Angesichts dieses Kontextes muss festgestellt werden, ob das subjektive öffentliche Recht des Bürgers nach der strengen Beachtung der Postulate von Legalität und Verwaltungsmoralität seitens des Staates und seiner Rechtsanwender (wie die Autarkien) externe Begrenzung der Persönlichkeitsrechte (insbesondere jene in der Dimension der Rechte auf moralische Unversehrtheit) bildet, damit Regierungsinstanzen anonyme Anzeigen zur Kenntnis nehmen, um die Wahrheit aufgrund deren Inhalt nach der Feststellung der Würdigkeit und Wirklichkeit der Informationen anhand des Ermittlungsverfahrens zu ermitteln.

Die Überwindung der Gegensätze zwischen den Verfassungsprinzipien ergibt sich aus Kriterien, die das Oberste Bundesgericht benutzt, um anhand von gewissen Kontexten und unter einer konkreten axiologischen Perspektive „hic et nunc“ zu erwägen und zu prüfen, welches Recht bei Berücksichtigung der Konfliktsituation im Fall vorrangig ist, vorausgesetzt wird, dass der Kerninhalt der Grundrechte mit der Anwendung der Methode der Güter- und Interessenabwägung nicht entleert wird, wie in der Lehrstudie hingewiesen.

...

Bei der Prüfung stellt man eine Situation der Kollision zwischen dem Anspruch der absoluten Ablehnung der anonymen Anzeige fest, selbst wenn diese das Staatsvermögen beeinträchtigenden Tatsachen und das Primärinteresse der Gesellschaft im Umlauf bringt, die Anschuldigungen von schwerwiegenden Verstößen zu ermitteln, die vom Staatsverwaltungsapparat in der Intimsphäre begangen wurden. Das bedeutet in einem Kontext der im Konflikt stehenden Freiheiten, dass die daraus ergebenden Kollision abgewogen werden muss, wobei dieses Gericht die geeignete und rationelle Methode der Güter- und Interessenabwägung benutzt, so dass das öffentliche Interesse an der Offenbarung und Klärung der Wahrheit um angebliche Straf- und/oder Verwaltungsgesetzwidrigkeiten seitens autarkischer Bundeseinrichtungen als solche die (obwohl anonyme) Anzeige rechtfertigt, und das ist die Voraussetzung für die Verwaltungsklage des Bundesrechnungshofs in der Verteidigung des rechtsethischen Postulats der Verwaltungsmoralität, die mit jeglichem Fehlverhalten des unredlichen Verwalters unvereinbar ist. Das Thema des Verfassungsverbots der Anonymität (Art. 5 IV in fine CF) stellt sich im Grunde ganz klar angesichts der rechtsethischen Notwendigkeit der Ermittlung von Beamtenfehlverhalten, denn das ist die Staatspflicht bei der Beachtung der Postulate von Legalität, Unpersönlichkeit und Verwaltungsmoralität (Art. 37 caput CF), somit ist die Ermittlung des die öffentlichen Interessen schädigenden Fehlverhaltens zwingend. Aus diesem Grund nimmt die Lehre trotz der anonymen Anzeige an, dass die öffentliche Verwaltung die reelle Taterfüllung von möglichen Verwaltungsfehlverhalten ermittelt...

...  
Die Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs bestätigt diese Auffassung.

...  
Somit und unter Berücksichtigung der dargelegten Begründungen lehne ich den Antrag auf Vorbescheid ohne Schaden von gelegentlicher Nachprüfung der dargestellten Frage ab. 2. Mit der Bitte von Informationen an die als nötigend angezeigten Behörden und anbei die Weiterleitung der Kopie dieses Beschlusses. Es wird veröffentlicht . Brasilia, 10. Oktober 2002. Bundesrichter CELSO DE MELLO (DJU vom 16.10.2002).

Solche Entscheidung fasst die Auffassung des Obersten Bundesgerichtshofs zusammen, der in einigen Sachverhalten nach (manchmal ausdrücklicher, manchmal intuitiver) Abwägung die anonyme Anzeige zum Teil duldet (wie im Fall von MS 27339/DF) und sie zum Teil entfernt (siehe Ermittlung Nr. 1.957-PR).

Vor dem Obersten Bundesgerichtshof wird die Frage anhand der Kategorien der Prinzipientheorien behandelt, wobei dann jeweils verschiedene Antworten je nach Sachverhalt angenommen werden<sup>31</sup>. Es scheint für den STF kein Unterschied zu machen, dass die einfachen Gesetze ausdrückliche Regeln zum Verbot der anonymen

---

<sup>31</sup>. Mahnung zur Notwendigkeit der Abwägung nur angesichts des konkreten Falles, „abstrakte“ Abwägungen sollen vermieden werden, nach: SARMENTO, Daniel Sarmiento. A ponderação de interesses na constituição federal, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 42-9.



Anzeige vorbringen (als hätte die vorherige Abwägung der Legislative im Bereich keine Interferenz am Resultat dieser Beschlüsse).

Sowohl die konsolidierte Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs als auch des Obergerichtshofs sehen die anonymen Anzeigen nicht als diskriminierend an und rufen somit praktische und theoretische Probleme hervor.

Im Rahmen eines demokratischen Verfassungsstaates ruft die Tatsache, dass die herrschende Rechtsprechung der oberen Gerichte die Regel des Art. 144 ... unter verschiedenen Begründungen praktisch ignorieren, ein Gefühl der Fremdheit hervor.

Im Rahmen des STJ geht, wie bereits erwähnt, die Rechtfertigung der Auffassung mit zwei großen Argumenten einher: (i) die Anwendung der Regel vom Art. 143 Gesetz Nr. 8112/90, nach der die Verwaltungsbehörde nach Kenntnisnahme des Fehlverhaltens ermitteln muss; (ii) direkte Anwendung der sogenannten „Sollpflicht des Selbstschutzes“ (im Grund ein der Verfassung zugrundeliegendes Prinzip mit einfachgesetzlicher Grundlage in dieser Analyse im Art. 53 Bundesgesetz Nr. 9784/99 – *„Die Verwaltung soll ihre eigenen Handlungen annullieren, wenn diese gesetzeswidrig sind, und kann sie aufgrund der Zweckmäßigkeit oder Gelegenheit unter Berücksichtigung von erworbenen Rechten aufheben“*).

In Bezug auf das erste den Beschlüssen des STJ zugrundeliegende Arguments – anonyme Anzeige durch Anwendung des Art. 143 Gesetz Nr. 8112/90 statthaft – scheint es, dass das Gericht eine notwendige Auslegung der Verfassung und von einfachen Gesetzen vergisst<sup>32</sup>. Eine solche Auffassung ergibt sich im Grunde aus einer groben Interpretationsmethode, d.h. die wortwörtliche. Der Art. 143 verpflichtet zur Ermittlung von Fehlverhalten, die die Amtsgewalt zur Kenntnis genommen hat; im folgenden bestimmt Art. 144, Fehlverhalten nicht zu ermitteln, die die Amtsgewalt mittels anonymen Anzeige zur Kenntnis genommen hat. Bei genauem Lesen beider Vorschriften ist die einzige Schlussfolgerung, dass die Amtsgewalt die von ihr nach dem Gesetz – d.h. mittels anonymen Anzeige ein von identifizierten Personen auf legitimer Weise nach dem in unserem Rechtssystem erlaubtes Mittel – zur Kenntnis genommenen Fehlverhalten ermitteln muss. Die Regel des Art. 143 Gesetz 8112/90, die die Ermittlungspflicht auferlegt, verneint also nicht die Regel des Art. 144

---

<sup>32</sup>. Über die Notwendigkeit der systematischen Auslegung als Verpflichtung des Einheitsprinzips der Verfassung siehe: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-198

desselben Gesetzes. Es geht um eine Bekräftigung. Die Verwaltungsgewalt muss ermitteln, wenn die Anzeige die Voraussetzungen – darunter anonym zu sein – erfüllt. Die öffentliche Gewalt darf nicht davon abweichen, die Anzeigen von Unregelmäßigkeiten und Gesetzeswidrigkeiten zu ermitteln, die sie nach Gesetzesform zur Kenntnis nimmt. Diese Pflicht soll aber nicht überwiegen, wenn es um die anonyme Anzeige geht.

Das scheint der geeignete Normaufbau zu sein, der die Methode der systematischen Interpretation berücksichtigt und die Anwendung beider Vorschriften rettet. In diesem Interpretationsmodell entzieht weder das Verbot der anonymen Anzeige die Gültigkeit der Ermittlungspflicht noch die Ermittlungspflicht die Gültigkeit oder die Möglichkeit der Verbotsanwendung der anonymen Anzeige. Andererseits entzieht die wortwörtliche Auslegung jeglichen praktischen Sinn des Art. 144 und entzieht ihm ganz die Wirkungen, womit sie auch die Beamtenrechte beschränkt.

Die wortwörtliche isolierte Auslegung des Art. 143 gleicht einer im Art. 144 Gesetz 8112/90 besonderen impliziten Verfassungswidrigkeitserklärung. Da aber der Art. 144 Gesetz 8112/90 in keinem Moment als verfassungswidrig (weder im abstrakten Sinn noch als diffuse Kontrolle) erklärt wurde, bedeutet seine Nicht-Anwendung wahrhaftige Verletzung des Rechtsstaates.

Diese gemeinsame Lektüre der Art. 143 und 144 Gesetz 8112/90 in der Sequenz zeigt die Notwendigkeit einer angemessenen Lektüre, wobei zuerst das Vorhandensein der Ermittlungspflicht und im Folgenden die Schaffung einer Ausnahmenorm berücksichtigt werden sollte, *„vorausgesetzt die Anzeige [ist] nicht anonym“*.

Die zweite Begründung des STJ, um in seinen Beschlüssen die anonyme Anzeige anzunehmen, beruft sich auf die direkte Anwendung des Prinzips des Selbstschutzes, das den Schutz des öffentlichen Interesses, der Moralität, der Zweckmäßigkeit, der Effizienz usw. bezweckt.

Hier soll die Analyse in zwei Punkte aufgeteilt werden: (i) im Art. 53 Bundesgesetz Nr. 9784/99 – Aufhebungspflicht (Selbstschutz) der gesetzwidrigen Handlungen – und (ii) die Möglichkeit der direkten Anwendung der Verfassungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung, sowohl explizit als auch implizit.

In der ersten Überlegung ist in Bezug auf die „Selbstschutzpflicht“ dieses Prinzip, obwohl verfassungsmäßig begründet, bei der Anwendung in Disziplinarverfahren in einfachen Gesetzen im Art. 53 Bundesgesetz 9784/99 gefestigt (konkretisiert). Da die legislative Tätigkeit eine Entscheidung in Bezug auf den Verwirklichungsmodus der Verfassungsnormen darstellt, darf man nicht vergessen, dass solch eine Vorschrift des Gesetzes 9784/99 in keinem Moment die Anwendung des Selbstschutzes befürwortet, um die anonyme Anzeige zu dulden. Der normative Satz drückt folgendes aus: **„Die Verwaltung soll ihre eigenen Akten aufheben, wenn sie gesetzeswidrig sind...“**. Es lässt sich feststellen, dass sich die Pflicht zur Aufhebung der eigenen Akten nur auf „die gesetzeswidrigen“ bezieht.

Bei Berücksichtigung der Vorschrift muss sofort ein Unterschied gemacht werden: eine Sache ist die Aufhebungspflicht des gesetzeswidrigen Aktes und eine andere die Möglichkeit der Anwendung der Disziplinarstrafe auf denjenigen, der die Zuwiderhandlung begangen hat. Mit dieser Unterscheidung ist dann leicht erkennbar, dass, wenn die Gesetzeswidrigkeit erst einmal festgestellt ist, das Gesetz die Aufhebungspflicht des gesetzeswidrigen Aktes erzwingt. Hier gibt es Selbstschutz. Das gilt aber für die Ermittlung des gesetzeswidrigen Aktes im eigentlichen Sinne. Die Anwendung der Disziplinarstrafe auf den gesetzeswidrigen Handelnden soll durch Disziplinarverfahren erfolgen, die den Widerspruch und weitgehende Verteidigung gewährleistet, da es um Auferlegung einer einschränkenden Maßnahme auf Freiheits- und/oder Eigentumsrecht geht. Der Selbstschutz ist in diesem Bereich also begrenzt. Selbstschutz auf der Ebene des Disziplinarverfahrens wird nur angenommen, wenn ein Verwaltungsprozessakt gesetzeswidrig ist, aber nie um die Eröffnung eines Disziplinarprozesses zu rechtfertigen. In diesem Aspekt wäre die Eröffnung des Disziplinarverfahrens auf der Grundlage der Selbstschutzpflicht des Art. 53 Bundesgesetz Nr. 9784/99 gesetzeswidrig, wenn diese Vorschrift nur die Zuwiderhandlung erreicht, nicht aber die Strafanwendung auf den gesetzeswidrigen Handelnden.

Es lässt sich als Gegenargument anbringen, dass die Selbstschutzpflicht sich in diesem Fall nicht direkt und aus dem eigentlichen Gesetz, sondern aus den Verfassungsprinzipien ergibt, die das öffentliche Interesse, die Moralität, die Effizienz, die Gleichheit, die Zweckmäßigkeit, usw. schützen, in anderen Worten den Vorrang

des öffentlichen Interesses gegen das Privatinteresse des Einzelnen (als Beamter Tätiger).

Angesichts dieses Arguments kann man die hervortretende Debatte der Vorbehalte seitens der Theorie des Öffentlichen Rechts gegen die verabsolutierende Rede der Überlegenheit des öffentlichen Interesses gegenüber dem privaten Interesse anbringen. Hier bestätigen sich noch einmal die Besorgnisse dieser Lehre: Die Berufung auf das Verfassungsverbot der Anonymität lohnt sich nicht, selbst wenn es durch eine eindeutige Norm von einfachen Gesetzen bestätigt wird, denn das Interesse des Individuums kann nicht die unbesiegbare Überlegenheit des öffentlichen Interesses überwinden. Als würde man behaupten, dass die Selbstschuttpflicht das öffentliche Interesse und das Verbot der anonymen Anzeige das Individuum schützt, das hier angeblich unredlich ist. Private Interessen dürfen also nicht den öffentlichen überwiegen, und bei dieser Kollision bekommt man immer die gleiche Antwort: Das öffentliche Interesse soll siegen.

Hier soll aber keine Argumentationslinie in diese Richtung entwickelt werden. Es werden lediglich die Beobachtungen von vorigen Studien erwähnt<sup>33</sup>.

Andererseits, ganz unabhängig von dem Problem der „Frage“ der Überwindung der Überlegenheit des öffentlichen Interesses, wäre es möglich, die Art wie es die direkte Anwendung der Verfassungsprinzipien, die ganz offen und unbestimmt sind, erlaubt, als Kritik an dem Auslegungsmodell des STJ hervorzuheben, um die Anwendung der sehr klaren Gesetzesregeln zu entfernen, die die Abwägung des Gesetzgebers in der Anwendung der Prinzipien ausdrücken<sup>34</sup>. Hier bewegt man sich in einem anderen methodologischen Problem: die direkte Anwendung der Verfassungsprinzipien, um die Anwendung der Gesetzesregeln zu entfernen<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup>. Übersicht der Debatte über den Mythos des Vorrangs des öffentlichen Interesses gegenüber dem privaten zu finden in: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública*. 2. Auflage. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 246 p.

<sup>34</sup>. Das Problem der Entfernung der Regelanwendung, das nicht offensichtlich verfassungswidrig vor den Prinzipien mit hohem Unbestimmtheits- und Abstraktionsgrad ist, findet Erwähnung in: GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Mínima Trorra, 2008, p. 73-91.

<sup>35</sup>. Diese Art von Problemen wurde bereits in folgenden Texten erwähnt: SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). *A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, p. 251-270.

Dieses Problem ist nichts Neues. Die theoretische Produktion des Verfassungsrechts und der Rechtstheorie hatte bereits die Risiken bemerkt, die der Konstitutionalisierungsprozess ohne rationale Kriterien im Bereich der Justizverwirklichung hervorrufen kann. Die Rechtsunsicherheit, die eventuelle Nicht-Steuerung der Beschlüsse, der Überfluss vom Subjektivismus und die Öffnung zu Moralurteilen in der Erfüllung von durch Prinzipien hervorgebrachten unbestimmten Begriffen, das eventuelle demokratische *Defizit*, das die Entfernung von den legislativen Optionen hervorrufen kann, sind einige wiederkehrende Themen dieser Diskussion<sup>36</sup>.

In dieser Studie soll keine methodologische Tür zur Diskussion dieser wichtigen Themen geöffnet werden. Diese Anspielung wird hier einige methodologischen Voraussetzungen annehmen, um sich nicht vom Kernthema zu abzukommen: (i) die direkte Anwendung der Verfassungsprinzipien zum Nachteil von einfachen Gesetzesregeln mit Vermutung von Verfassungsmäßigkeit (d.h. worauf kein Verfassungswidrigkeitsurteil fällt) ist ein gefährliches Verfahren<sup>37</sup>; (ii) Entscheidungen vom einfachen Gesetzgeber müssen aufgrund des demokratischen Prinzips und Rechtssicherheit geachtet werden<sup>38</sup>; (iii) Prinzipien sollen durch Regeln angewendet werden, die sie verwirklichen und die Optionen der Gesellschaft in Bezug auf diejenigen innewohnenden Begriffen ausdrücken<sup>39</sup>; (iv) direkte Anwendung von Prinzipien durch Regeln darf nur mit Vorbehalt und aufgrund einer tiefgreifenden Argumentationslast verwirklicht werden<sup>40</sup>.

In diesem Rahmen bemerkt man, dass die Argumente in Bezug auf eine Argumentationslinie des STJ, die eventuell die direkte Anwendung des Selbstschutzes gegen das Verbot der anonymen Anzeigen rechtfertigen, sich einem sorgfältigen

---

<sup>36</sup>. In diesem Sinne siehe: SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, 113-148.

<sup>37</sup>. In diesem Sinne siehe: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187 e ss.

<sup>38</sup>. MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, p. 362.

<sup>39</sup>. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165-200.

<sup>40</sup>. MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica..., p. 362.

Diskussionsprozess nicht entziehen dürfen. Was aber diese Praxis begründet, ist eine allgemeine Anspielung auf die Möglichkeit der direkten Anwendung der Verfassungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung.

Es ist offensichtlich, dass die Nicht-Anwendung der die anonyme Anzeige verbietenden Regel in die eventuelle direkte Anwendung des Moralitätsprinzips der Unpersönlichkeit und des Vorrangs des öffentlichen Interesses zugrunde gelegt wird.

Wie aber seit neustem angenommen wurde, ist klar, dass, obwohl die Anerkennung der Normativität der Prinzipien eine wichtige Errungenschaft in der post-positivistischen Verfassungsbewegung bedeutet, die in Brasilien ab dem Kampf um die Verwirklichung der Verfassung von 1988 Kraft gewinnt und sich Mitte 90er Jahren des letzten Jahrhunderts konsolidiert<sup>41</sup>, es nicht heißt, dass die Rechtsregeln aufgrund gewisser typischer Interpretationswillkür von neuem Jusnaturalismus (Naturrechtslehren) und deren nicht ermüdender Suche nach abstrakter und ideeller Gerechtigkeit oder neuem Realismus, wonach der Sozialzweck zu einem überwundenen Auslegungskriterium der formellen Staatsquellen wird, abgetan werden können.

Solchen Haltungen zu verfallen kann in der Praxis den Untergang des demokratischen Rechtsstaates bedeuten, denn die fehlende semantische Dichte der Rechtsprinzipien macht sie zu wahren „Hauptschlüsseln“ der Rechtsauslegung und erlaubt, dass etwas über die Moral, das Gerechte oder das Sozialinteresse geäußert wird.

Den heimlichen Stricken dieser Perspektiven der Rechtsrealisierung bewusst, erinnert Norberto Bobbio daran, dass die Kontroversen zwischen dem Gerechten und Ungerechten, zwischen der Moral und Unmoral praktisch unüberwindbar sind. Als Beispiel kann man Lockes Annahme des Eigentums als Naturrecht und den Verstoß dieser Idee seitens der utopischen Sozialisten zitieren<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup>. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007. p. 203-249.

<sup>42</sup>. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 56.

Somit kann man mit Antonio Cavalcanti Maia übereinstimmen, der wie folgt behauptet:

„von Pos-Positivismus zu sprechen, bedeutet nicht eine radikal antipositivistische Stellung anzunehmen, sondern eine Überwindung dieser theoretischen *démarche* auf der Suche nach einer „abgestimmten“ Auffassung des zeitgenössischen Rechtslebens vorzuschlagen. Einerseits kann man sich nicht weigern, die unumgänglichen Beiträge der dem Rechtspositivismus folgenden Juristen zur Auffassung der Rechtsnorm sowie deren Sorge um die Klarheit, die Richtigkeit und die Objektivität der Rechtsstudien anzuerkennen, und das alles unter Anweisung der Zentralbesorgnis der zeitgenössischen Rechtsstaaten um der Rechtssicherheit. Für eine post-positivistische Betonung einzutreten, bedeutet andererseits keine Rückkehr zu naturrechtlichen Stellungen mit ihren den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Auffassung nicht zu vereinbarenden metaphysischen Behauptungen – was mehrmals von dieser Stellungnahme gegenüber kritischen Autoren betont wird“<sup>43</sup>.

Man darf also eine sorgfältige Analyse nicht vernachlässigen und muss die Fragen an ihren passenden Orten stellen.

Wie bereits erwähnt sind die Fragen der Moralität, des öffentlichen Interesses, der Unpersönlichkeit nicht unbedingt mit dem Verbot der anonymen Anzeige unvereinbar. Die Prinzipien sind Ausgangspunkte und ihre Verwirklichung kann nicht auf irgendeine Weise vollzogen werden, insbesondere wenn sie im hier zur Debatte stehenden Fall noch in gültige Verfassungsvorschriften (Art. 5 IV) eingreift und klare Textgrenzen der Verfassung und der Optionen des einfachen Gesetzgebers überschreitet.

Um Willkür zu vermeiden, müssen die Parameter zu einer korrekten Dimension der Prinzipienanwendung identifiziert werden.

Rechtsprinzipien und Rechtsregeln als Gattungen des Genres Rechtsnorm bedienen verschiedene aber im Rechtssystem verbundene Aufgaben. Prinzipien haben stärkere axiologische Kraft und funktionieren regelgründend. Die Prinzipien begründen *prima facie* Rechte. Die Regeln ihrerseits beschreiben Verhalten und Strukturen auf objektiver Weise, weil ihr Zweck ist, die Werte in den Prinzipien durch Auswahl und ihrer Konkretisierung unabdingbaren Normoptionen anwendbar zu machen.

---

<sup>43</sup>. MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123.

So verstanden muss man ein Paradox-Zusammenhang zwischen beiden anerkennen, weil das Prinzip die Normativität gründet und bei der Verwirklichung von der Regel abhängt, die ihrerseits nur „Rechtsexistenz“ hat, weil sie durch ein Prinzip messbar ist, das ihr als Auslegungsabschluss dient und den Klang der rechtlich zu schützenden Werte gibt.

Eins verlangt das andere mit gegenseitigen Sinngabebestimmungen. Die Prinzipien erlauben den Sauerstoffwechsel des Systems und bringen die in gewisser Geschichtsperiode existenziell gegebenen Inhalte mit sich. Die Regeln spezifizieren die Prinzipienanwendung und bestehen gleichzeitig ihretwegen.

Aus diesem Grund postuliert man, dass bei der sofortigen Lösung von Rechtsfällen den Regeln Vorrang zu geben ist, da die Prinzipien nur direkte Anwendbarkeit in sehr spezifischen Situationen finden, wo es einer Entscheidung bedarf, die die argumentative Kraft aushalten muss.

Diese Forderung des Vorrangs der Regel entsteht als ein Versuch, die ideale vom Recht gewollte Rechtssicherheit zu erlangen, wie Marçal Justen Filho betont:

„die Anerkennung der Bedeutung der Prinzipien führte zu einer gewissen Herabwürdigung der Regel, was ein Missverständnis ist. Die Existenz von Regeln ist grundlegend für die Rechtssicherheit und für die Gewissheit des Rechts. Die Regel übersetzt die Auswahl in Bezug auf Werte und Sozialfakten. Sie erlaubt, dass alle Gesellschaftsmitglieder die vom Recht angesehene Lösung kennen“<sup>44</sup>.

Die auf Prinzipien zugrunde gelegte Argumentation ist besonders wichtig in den sogenannten „Schwerfällen“. Ronald Dworkin diagnostiziert wirkungsvoll, dass die auf eine Normrichtlinie zugrunde gelegte Argumentation, die sich nicht den Merkmalen der Rechtsnorm sondern den Prinzipien anpasst, in polemischen Fällen mit großen Problemen vorkommt<sup>45</sup>.

Um diese Fälle zu bestimmen, gibt es kein universelles Kriterium, keine Begriffsregel und keine befriedigende Methode. Aber man kann behaupten, dass sie problematischen Charakter haben, weil man keine Rechtslösung in Sicht hat oder im Gegenteil verschiedene Lösungsmöglichkeiten zu finden sind.

---

<sup>44</sup>. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* São Paulo: Saraiva, 2003,p.53-54

<sup>45</sup>. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.



Das scheint aber nicht die Situation des hier diskutierten Sachverhalts zu sein. Die anonyme Anzeige wird in der Verfassung und ist in diversen einfachgesetzlichen nie als verfassungswidrig erklärten Vorschriften ausdrücklich verboten. Der Verfassungstext setzt außerdem direkt keine Ausnahmen fest. Er drückt schlicht das Verbot der Anonymität aus. Es gibt noch keine Generalklausel wie „die Anonymität ist verboten, *es sei denn sie beruft sich gegen das Interesse, die Gewalt oder die öffentliche Moral*“. Das bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber bei der Abwägung von Verfassungsgütern gehindert ist<sup>46</sup>, jegliche Beschränkungen in diesem Sinne festzulegen. Der in diesem Bereich immer restriktive Staatseingriff ist legitim<sup>47</sup>, vorausgesetzt es ist gerechtfertigt und der Kern des beschränkten Rechts in der Perspektive der Verhältnismäßigkeit wird aufrechterhalten<sup>48</sup>. Unter diesem Aspekt wird das Verbot der Anonymität nur durch einfache Gesetze bestätigt. Eventuelle Beschränkungen können aber von einfachen Gesetzgebern festgelegt werden. Bei der Rechtsetzung über die „Ermittlungspflicht“ (im Fall des Art. 143 Gesetz 8112/90) und über die „Selbstschutpflicht“ (Art. 53 Gesetz Nr. 9784/99) hat der Gesetzgeber solche Pflichten nicht als Ausnahmen des Verbots der anonymen Anzeige festgesetzt.

Es gibt auch keinen faktischen Rückhalt, der die Schlussfolgerung, dass das Verbot von anonymen Anzeigen der Staatsgewalt Hemmnisse bezüglich der Aufhebung von gesetzwidrigen Akten schafft, befürwortet. Es können zwar Kosten in der Anwendung von Bestrafungen des Beamten, der die Illegalität begangen hat, entstehen, aber das integriert die sogenannte „Demokratielast“, der Anwendung des rechtlichen Verfahrens.

Die Wichtigkeit, auf die festgesetzten Regeln durch demokratisch aufgebaute Rechtssetzung Wert zu legen, bildet die Maxime des demokratischen Rechtsstaates, der das Legalitätsprinzip als Grundsäule hat. Sie ist unentbehrlich, damit die Bürger gesetzeswidriges oder gesetzmäßiges Verhalten vorhersehen können. Laut der Lehre von José Afonso da Silva wie folgt:

---

<sup>46</sup>. Siehe: Virgílio Afonso da Silva, nach dem die Aktivität der Beschränkung seitens des einfachen Gesetzgebers ist Abwägungsaktivität angesichts des konkreten Falls: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140 (nota de rodapé n. 64).

<sup>47</sup>. Idem, p. 65-125.

<sup>48</sup>. Idem, p. 183-208.

„das Gesetz ist tatsächlich die weitgehendste Amtshandlung des politischen Lebens. Akt der politischen Entscheidung schlechthin, denn durch sie, wenn von dem Volkswillen hervorgerufen, ermöglicht die Staatsgewalt dem Sozialleben bestimmte Verhaltensweisen, so dass die Gesellschaftsmitglieder die Anleitung zur Verwirklichung ihrer Interessen vorher kennen“<sup>49</sup>.

Für Jorge Reis Novais untermauert das Legalitätsprinzip die Idee der Rechtssicherheit noch, da es „ohne die rechtlich garantierte Möglichkeit der Berechnung und der Voraussehbarkeit der in der Rechtssphäre möglicherweise niederschlagenden Handlungsentwicklungen der öffentlichen Gewalten, wäre das Individuum bei der Verletzung des Grundprinzips der Menschenwürde ein reines Objekt der Staatshandlung“<sup>50</sup>.

Außer des möglichen Voraussehens von rechtlich regulierten Verhalten setzt die Idee der Rechtssicherheit die Befugnis des Ersuchens des Rechtsapparats als Garantie der Sozialsicherheit durch ein zur Verfügung stehendes dogmatisches Instrument voraus, das aus objektiven Rechtsnormen der Gesetzesordnung und auch aus verschiedenen Verfassungsprinzipien wie Legalitätsprinzip, weitgehender Verteidigung, Normrückwirkungsausschluss, Verfassungsmäßigkeitsvermutung von Gesetzen u.a. besteht.

Diese Prinzipien erlauben in der Verfassungsordnung die Aussicht auf eine Palette von Grundrechten, die die notwendige Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit, Garantie der Bürgerrechte und Berechenbarkeit beachten, deren Ursprung auf die individuellen und kollektiven Rechte und Pflichten des Art. 5 Absätze XXXVI bis LXXIII der Republikverfassung von 1988 zurückgeht.

Die Idee der Rechtssicherheit kann sicherlich nicht dazu dienen, jegliche Rechtsvorschrift zu rechtfertigen, sondern soll besonders die Einrichtung der Justiz begleiten, wenn es um die grundlegende, in der Verfassung verankerte Garantie des Bürgers geht.

In der hier aufgezeigten Situation merkt man, dass die autonome Anwendung des Moralitäts- und Unpersönlichkeitsprinzips ohne die gebührende Kontextualisierung und Anpassung gegen eindeutige Regeln vom Verbot der

---

<sup>49</sup>. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6 ed. São Paulo: RT, 1990, p.107

<sup>50</sup>. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 262.

anonymen Anzeige die Verletzung einer Reihe von Verfassungsprinzipien von gleicher Rechtsbedeutung, wie das Widerspruchsrecht, die weitgehende Verteidigung, die Abwehr von Würde und Ansehen und andere auch die Rechtssicherheit durch das Vermutungsprinzip der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen fördert.

Bei einer scheinbaren Kollision soll die Anwendung eines Prinzips der Verfassungsordnung weniger Schaden verursachen als den Schaden durch die Verletzung anderer Prinzipien. In der hier dargestellten Situation bemerkt man, dass die Anwendung der Prinzipien der Moralität, der Unpersönlichkeit und des Vorrangs des öffentlichen Interesses, um die Anwendung der die anonyme Anzeige verbietenden Regeln zu entfernen, bei diesen erwähnten Prinzipien großen Schaden verursacht.

Die Konstitutionalisierung des Rechts, wenn zu voreilig verstanden, kann einige ungewollte, vermeidbare Wirkungen hervorrufen.

Der Problematik bewusst, zeigt Luis Roberto Barroso zwei negative Folgen vom Missverständnis dieses theoretischen Phänomens im aktuellen brasilianischen Recht auf: die erste von politischer Natur, die durch die Schwächung der demokratischen Mehrheitsmacht und durch den Prestigeverlust der einfachen Gesetzgebung verursacht wird, und die zweite von methodologischer Natur, da die offene und unbestimmte Textur einiger Verfassungsnormen zu gerichtlichem Dezisionismus führen können<sup>51</sup>.

Auf Grundlage dieser Diagnostik betont dieser Verfassungstheoretiker entschlossen, dass solche Wirkungen vermieden werden sollen. In Bezug auf die Praxis des Dezisionismus sagt er:

„Es ist unerlässlich, dass Richter und Gerichte eine gewisse dogmatische Strenge anwenden und die Argumentationslast der Regelanwendung annehmen, die unbestimmte Rechtsbegriffe oder flüssige Prinzipien beinhalten. Die missbräuchliche Nutzung des Gerichtsspielraums bei der Klärung von schwierigen Fällen kann neben der Infragestellung der demokratischen Legitimität der Gerichtsaufgabe extrem problematisch für den Schutz von Werten wie Sicherheit und Gerechtigkeit sein“<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup>. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391-392.

<sup>52</sup>. Idem, p. 392

Nach der Auffassung dieser Studie schlägt Luis Roberto Barroso zwei methodologische Parameter vor, die bei der Interpretation zu beachten sind:

a) Vorzug des Gesetzes: wo es eine eindeutige und gültige Äußerung des Gesetzgebers gibt, soll sie überwiegen, und der Richter oder das Gericht sollen vermeiden, verschiedene Entscheidungen zu fällen, obwohl es ihnen angemessener scheint;

b) Vorzug der Regel: wo der Verfassungsgeber oder Gesetzgeber mittels Erlasses einer gültigen und zu befolgenden Verhaltens beschreibenden Regel gewirkt hat, soll sie den hierarchisch gleichen Prinzipien überwiegen, die zufällig im Sachverhalt Anwendung finden könnten.

Um diese Lehren auf den hier dargestellten Sachverhalt anzuwenden, beobachtet man, dass die einfachen Bundesgesetze, die das Thema behandeln, (i) „eindeutige und gültige Äußerungen des Gesetzgebers“ beinhalten. Aus diesem Grund erklärt sich das Kriterium des Gesetzesvorzugs vor der direkten Anwendung der Prinzipien in der hier dargestellten Situation, denn *„es konkretisiert die Prinzipien der Gewaltenteilung, der Rechtssicherheit und der Gleichheit“*<sup>53</sup>.

Deutlich wird, dass das Regelvorzugskriterium anzuwenden ist, da die oben genannten Gesetzesvorschriften gelten und sie spezifisches zu befolgendes Verhalten beschreiben, wodurch sie das Vorrangprivileg verdienen.

Nach dieser Darstellung lassen sich folgende Bemerkungen über die herrschende Auslegung des STJ, das die anonyme Anzeige ohne die Möglichkeit jeglicher Abwägung oder Relativierung des Selbstschutzes oder der Ermittlungspflicht annimmt, machen: (i) behandelt Prinzipien, als ob sie Regeln wären, (ii) befürwortet die direkte Anwendung von offenen und unbestimmten Verfassungsprinzipien gegen den Gesetzestext und gegen das gültige Normsystem, (iii) schafft Rechtsunsicherheit, (iv) hindert die umfassende Verteidigung, weil die nicht Identifizierung des Anzeigers die eventuelle Möglichkeit, Machtmissbrauch und Zweckabweichung zu beweisen, behindert.

---

<sup>53</sup>. Idem, p. 393.

Alle Kritiken des Auslegungsmodells unter der Rechtfertigung der autonomen Anwendung der Prinzipien der Moralität, Unpersönlichkeit, öffentlichen Interesses usw., die im STJ herrschen, dienen auch dem im STF herrschenden Auslegungsmodell.

Wie hier dargestellt zeigen die Lösungen des Obersten Bundesgerichts, dass die Frage aus einer strikt prinzipienlogischen Dogmatik bearbeitet wird. Die dargestellten Lösungen berufen sich normalerweise auf die Notwendigkeit der Verwirklichung von Abwägungsurteilen in jedem konkreten Fall. In der oben genannten im MS 24.369-DF gefällten Entscheidung ist jede Überlegung als Prinzipien verstandene Verfassungssätze aufgebaut. Diesbezüglich gibt es vorab kein Problem. Es gibt wichtige theoretische Produkte, die verteidigen, dass Grundrechte Prinzipien sind<sup>54</sup>, und nichts verhindert, dass diese Auffassung im Diskurs vorausgesetzt wird. In der Argumentation ist zu merken, dass der Bundesrichter das Verbot der Anonymität (Art. 5 IV) auf die eine und Legalität (Art. 5 II) und Moralität (Art. 37 *caput*) auf die stellt. Jeder Entscheidungsaufbau berücksichtigt eine allgemeine Erörterung dieser Prinzipien und bezieht sich wiederholt auf die Notwendigkeit der Antwort auf der Grundlage der Abwägung, die Vernunftmethode der Entscheidung ist. Am Ende verneint es den Vorbescheid und lässt das Verfahren der anonymen Anzeige zu, die nochmals zitiert wird:

“Das Thema des Verfassungsverbots der Anonymität (Art. 5 IV in fine CF) stellt sich im Grunde ganz klar dar angesichts der rechtsethischen Notwendigkeit der Ermittlung von Beamtenfehlverhalten, denn das ist die Staatspflicht bei der Beachtung der Postulaten von Legalität, Unpersönlichkeit und Verwaltungsmoralität (Art. 37 *caput* CF). Die Ermittlung des die öffentliche Interessen schädigenden Fehlverhaltens ist somit zwingend. Aus diesem Grund nimmt die Lehre trotz der anonymen Anzeige an, dass die öffentliche Verwaltung die reelle Taterfüllung von möglichen Verwaltungsfehlverhalten ermittelt...

...

---

<sup>54</sup>. Siehe beispielsweise: FIGUEROA, Alfonso García. Principios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 3-34. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso dos Direitos fundamentais... cit, p. 108-113, bei der Verteidigung der Theorie des faktischen Rückhalts.

Die Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs bestätigt diese Auffassung“.

Es ist bemerkenswert, dass am Ende die ganze im Beschluss aufgebaute Rechtfertigung zu einer ganz anderen Schlussfolgerung führen könnte. Außerdem bezieht sich der Beschluss in keinem Moment auf Gesetzes- und Regelvorschriften, die die Anonymität ausdrücklich verbieten. Die ganze Überlegung erfolgt auf der Ebene der Verfassungsnormativität mit totaler Abstraktion des einfachen Gesetzgebers.

Im Beschluss der Ermittlung Nr. 1.957-PR stellt das STF einen im Plenum diskutierten Beschluss klar, dass die Anonymität gegen den Rechtsstaat verstößt, nicht angenommen oder verteidigt werden soll, und darüber hinaus über keine vermutliche (wenn aufgeschriebene oder im Aktenzeichen eingetragene) Rechtsbeweisqualität verfügt. Sie ist aber fähig, Ermittlungsverfahren der Wahrscheinlichkeit einzuleiten, wenn deren Information ein Minimum an Glaubwürdigkeit besitzt. Die anonyme Anzeige wird aber in unserem Verfassungsrecht abgelehnt, weil sie die Integrität unserer Grundrechte riskiert.

D.h. mit einigen Abweichungen bestätigt sich die These unter den Bundesrichtern soweit, dass die Anzeige von einem unbekanntem Autor kein rechtmäßiges Instrument ist, denn sie ist ein Unwert angesichts der eigenen sie ablehnenden Rechtsordnung. Obwohl sie ein Unwert ist, wenn die anonyme Anzeige glaubwürdige Indizien des von ihr eingeleiteten Sachverhalts aufweist, darf der Staatsapparat die *notitia* nicht einfach ignorieren. So würde ein Abwägungsurteil die Überwindung dieses Unwertes befürworten, damit die Ermittlung der Rechtswidrigkeit „mit Zurückhaltung und Vorsicht“ erfolgen kann.

Als Schlussfolgerung kann man nochmals festhalten: trotz des Gesetzes, trotz der Regel erlaubt das Abwägungsurteil auf prinzipienlogischer Ebene die Entfernung der Entscheidungen des Gesetzgebers, die ihrerseits auch Abwägungsurteile zwischen Verfassungsgütern sind, aber auf einem anderen Feld verwirklicht wird.

Das praktische Resultat der STF-Rechtsprechung überwindet dann eine der Kritiken an der STJ-Jurisprudenz: Im STF werden der Selbstschutz, die Moralität, die Legalität usw. nicht verabsolutiert, weil sie als Prinzipien behandelt werden. Die

Auffassung erlaubt aber die Entfernung von Gesetzesregeln und Gesetzesoptionen, die „Vorrang“ bei der Lösung des konkreten Falles haben.

### III. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Es lässt sich zusammenfassen, dass die Auffassung des Obergerichtshofs und des Obersten Bundesgerichts die Annahme des UN-Abkommens gegen die Korruption nicht hindert.

Anhand dieser Studie lässt sich erkennen, dass es sich aber auch nicht um eine demokratische Auffassung zu handeln scheint. Es muss also die Verteidigung einer anderen Perspektive gesucht werden, wodurch die anonyme Anzeige im Bereich des brasilianischen Innenrechts sogar angenommen werden kann, damit sich dann die Annahme des Mechanismus auf internationaler Ebene legitimiert. Diese Anerkennung sollte allerdings als *granus salis* verstanden werden.

Trotz der Auffassung der oberen Gerichte verteidigt diese Studie die These, dass die anonyme Anzeige zumindest im Bereich der Verwaltungs- und Gerichtsverfahren in unserem System verboten ist. Die Verfassung verbietet ausdrücklich die Anonymität mit dem Ziel, eine gewisse Palette von Grundrechten zu schützen, die mit dem Schutz der weitgehenden Verteidigung, dem Widerspruch, dem Schutz des Namen, der Ehre und des Ansehens u.a. des auf dieser Weise Angezeigten verbunden ist. Es ist also nicht unbegründet, dass die einfachen Gesetze unter der Vermutung der Legitimität die Verfassung konkretisiert und in einer weiteren Vorschrift und einem Gesetz die anonyme Anzeige verbietet.

Wenn das Problem auf der „Ebene der Regelungen“ behandelt wird, untermauern die Vorschriften in Bezug auf den Selbstschutz und Ermittlungspflicht keine Ausnahmen des Verbots der anonymen Anzeige.

Die Ermittlungspflicht besteht, vorausgesetzt die Anzeige ist nicht anonym. Das Gesetz schafft erstens die Ermittlungspflicht und verbietet zudem die anonyme Anzeige. Nach dem Aufbau des Gesetzes 8112/90 geht es nicht um das „Verbot der anonymen Anzeige als Ausnahme angesichts der Ermittlungspflicht“, sondern um die „Ermittlungspflicht, außer bei anonymer Anzeige“.

Die auf Disziplinar- und Verwaltungsprozesse anzuwendende Gesetzesvorschrift des Selbstschutzes aus der Anwendung des Gesetzes Nr. 9784/99 ist bewilligt – oder besser gesagt gezwungen, denn das Gesetz benutzt den Ausdruck *soll* – für die Aufhebung von „gesetzeswidrigen Akten“. Der Selbstschutz wird also angewendet, um das Produkt der Handlung des politischen Agenten, des „gesetzeswidrigen Akts“ aufzuheben. Die Disziplinarstrafe des gesetzeswidrig handelnden Täters ist eine andere Sache. Diese Absicht ist möglich, aber unterstellt sich einem Rechtssystem, wo der Selbstschutz angesichts des rechtlichen in der Verfassung vorgesehenen und in einfachen Gesetzen umgerissenen Prozesses auf seine Grenzen stößt, die die anonyme Anzeige in diesem Strafbereich nicht annehmen.

Selbst wenn man die Diskussion auf der Prinzipienebene berücksichtigt, muss man verschiedene methodologische und inhaltliche Lösungen anerkennen.

In der methodologischen Perspektive muss bei der Vermutung von Risiken in einer verschärften Prinzipienanwendung darauf geachtet werden, auf gesetzlichen Weg der Anwendung von Prinzipien Vorrang zu geben, wobei diese Studie den Vorrang des Gesetzes bevorzugt, das Produkt vom demokratischen Gesetzgeber ist, soweit die Gesetzesabwägung nicht verfassungswidrig ist und die Verfassungsvoraussetzungen für die Maßnahmen respektiert werden.

Noch auf methodologischer Ebene und trotz der Risiken auf der „Prinzipienebene“ ist die Position des Obersten Bundesgerichts nicht ohne verfestigte Grundlagen, indem es die Diskussion so führt, als ob das Problem eine reine Kollision von Prinzipien wäre. In diesem Fall könnte man dann die gerichtliche Abwägung selbst gegen die verfassungsmäßigen Gesetzesregeln annehmen. Dieses Verfahren verlangt aber eine größere Argumentationslast, insbesondere in Bezug auf den Schutz von konkret kollidierenden Gütern.

Beim Vorzug dieser hier nicht verteidigten Auslegungslinie ist es legitim in den konkreten Situationen mit anonymer Anzeige zu behaupten, dass die Eröffnung eines Verwaltungsprozesses von einer vorherigen Untersuchung zur Ermittlung von einigen Elementen abhängen würde, die ein Minimum von Ernsthaftigkeit der anonymen Anzeige aufweist. Das heißt, bei solchen Hypothesen sollte das Verfahren sich immer einer Voruntersuchung unterstellen.



Eine Untersuchung ist sicherlich keine zwingende Maßnahme für alle Fälle. Aber bei den Situationen ohne genügende Elemente für die Schaffung eines Erlasses zur Eröffnung von einem Verwaltungsprozess, ist die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens von Nöten, um die Grundelemente zu sammeln.

Demgemäß verteidigt man also nicht die absolute Unverhältnismäßigkeit der anonymen Anzeige zu dem brasilianischen Verfassungssystem. Das Verbot scheint im Grunde besondere Fälle zu betreffen. Die anonyme Anzeige ist bei Voruntersuchungen, Ermittlungen, Disziplinaruntersuchungen usw. toleriert und befürwortet. Die Erfahrung zeigt in diesem Sinne, dass nicht wenige Korruptionsschemata nach Untersuchungen in diesem Kontext gestürzt wurden. In diesem Kontext zeigt sich der Inhalt des UN-Abkommens gegen die Korruption als legitim. Die anonyme Anzeige darf aber nicht als ausreichend angesehen werden, um jegliche formelle Verwaltungs- oder Gerichtsprozesse, die eine Anklage mit einschränkender Maßnahme von Grundrechten einbeziehen, zu eröffnen. Wenn dies die Auffassung ist, wird die Annahme dieses Abkommens einen unüberwindbaren Konflikt bedeuten, der ihre legitime Annahme verhindern wird.