

Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 2 / 2006 (24. Jahrgang)
November 2006**

Inhalt

Vorankündigung der Jahrestagung 2006 Gelsenkirchen.....	1
Kontrolldichte bei Tatsachenentscheidungen des Schiedsrichters in Brasilien und Deutschland (Ana Tôrres-Jaeger, D.E.A).....	3
Talent Scouting in Brasilien – eine Schatzsuche der ganz beson- deren Art (Hans J. Zeese und Frank Thömmes).....	23
Produkthaftung im brasilianischen Verbraucherschutzgesetz (Dr. Renata Martins, LL.M.).....	27
Perícia Múltipla Ambiental - Premissas Relevantes (1a parte) (Bruno Campos Silva).....	34

Impressum

Herausgeber:

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.

Vereinsregister Nr. 8076,

Bankkonto: Deutsche Bank Essen, Nr. 1312487, BLZ 36070050

Vorstand:

Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender, c/o Taylor Wessing,
Hanseatic Trade Centre, Am Sandtorkai 41, 20457 Hamburg;

Prof. Dr. Wolf Paul, Feldbergstraße 96 d, 61398 Schmitten;

Rechtsanwältin Gisela Puschmann, c/o Puschmann & Veiga, Lurgiallee 6-8,
60439 Frankfurt am Main

Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Zilveti e Sanden Advogados Associados,
Av. Paulista, 1.499 – 20º andar, 01311-928 São Paulo – SP / Brasilien;

Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz

Sekretariat:

Rechtsanwältin Gisela Puschmann, c/o Puschmann & Veiga, Lurgiallee 6-8,
60439 Frankfurt am Main, e-Mail: info@dbjv.de

Redaktion der Mitteilungen:

Rechtsanwalt Bernhard Lippsmeier, LL.M.,

Tel.: 069 – 269588-52, Fax: 069 – 269588-50, e-mail: redaktion@dbjv.de

e-Mail der Redaktion: redaktion@dbjv.de;

Die DBJV im Internet: www.dbjv.de

Die Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung ist gemeinnütziger Verein im Sinne der §§ 52 ff. AO mit dem Ziel, die bilaterale Kooperation auf juristischer und wissenschaftlicher Ebene zu fördern.

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung der Autoren und des Herausgebers.

Vorankündigung der XXV. Jahrestagung 2006 in Gelsenkirchen

Sportrecht in Deutschland und Brasilien

Liebe Mitglieder und Freunde der DBJV,

die diesjährige Tagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V. wird vom 23. bis 26. November 2006 in der VELTINS-Arena in Gelsenkirchen stattfinden. Thema der Tagung ist das Sportrecht, eine wirtschaftlich zunehmend bedeutsame und angesichts der kürzlich beendeten Fußballweltmeisterschaft, der Rechtsunsicherheit bei den Sportwetten sowie der Dopingskandale bei der Tour de France und anderen Sportveranstaltungen hochaktuelle, immer mehr im Fokus der Allgemeinheit stehende Materie. Auch im Rechtsverkehr zwischen Brasilien und Deutschland ist das Sportrecht wegen der zahlreichen in Deutschland aktiven brasilianischen Sportler sehr bedeutsam.

Es ist uns gelungen, mit den Konferenzräumen 'Schalker Markt' in der VELTINS-Arena in Gelsenkirchen ein Umfeld zu finden, dass diesem Thema gerecht wird. Da die Konferenzräume von einem Caterer bewirtschaftet werden, müssen wir mittags nicht auswärts essen. Stattdessen werden wir diesmal vor Ort verwöhnt. Aus diesem Grund mussten die Tagungsbeiträge über die lang anstehende geringe Erhöhung

hinaus angehoben werden; dafür ist während des Tages umfassend für das leibliche Wohl gesorgt.

Die Tagung wird Gelegenheit zu ausführlichen Informationen und Diskussionen über aktuelle Entwicklungen und Schwerpunkte des Sportrechts in Deutschland und Brasilien bieten. Für die Referate konnten zahlreiche kompetente Referenten aus Brasilien und Deutschland gewonnen werden. Alle Einzelheiten ergeben sich aus dem beigefügten Programm.

Ein weiteres Mal können wir also mit einer hochinteressanten Tagung rechnen. Der Vorstand hofft auf rege Teilnahme. Auch Nichtmitglieder sind herzlich willkommen. Das endgültige Tagungsprogramm sowie Informationen zur Anmeldung finden Sie im Internet unter www.dbjv.de oder können diese unmittelbar bei unserem Sekretariat abfordern.

Auf baldiges Wiedersehen!

für den Vorstand:
Irene Haagen

Tagungsprogramm 2006 Gelsenkirchen

„Sportrecht in Deutschland und Brasilien“

Tagungsort:
Konferenzraum „Schalker Markt“ in
der VELTINS Arena

Donnerstag, 23.11.2005

ab 19.30 Uhr: Informelles Zusam-
mentreffen im Restaurant "Ess Null
Vier"
Parkallee 1, 45891 Gelsenkirchen
(unmittelbar bei der Arena)

Freitag, 24.11.2005

09.30 Uhr:
Dr. Jan Curschmann, Begrüßung der
Teilnehmer

10.00 Uhr
Carl Gördeler (Journalist), Rio de
Janeiro:
"Brasilien und der Ball"

11.15 Uhr
Dr. Thomas Summerer (DFL),
Frankfurt:
*Sportwetten als Mediengeschäfts-
modell der Zukunft - wirtschafts-
rechtliche Rahmenbedingungen*

12.30 Uhr
Mittagessen, Führung durch die A-
rena

14.00 Uhr
Dirk Wieddekind, Hamburg:

*Rechtsschutz und Vermarktung von
Sportveranstaltungen in Deutsch-
land*

15.15 Uhr
Roberto Liesegang, São Paulo:
*Rechtsschutz und Vermarktung von
Sportveranstaltungen in Brasilien*

16.30 Uhr
Christoph Schickhardt, Ludwigs-
burg:
Sportdisziplinarrecht

20.00 Uhr
Abendveranstaltung im Theater
„Consol“,
Bismarckstr. 240, 45889 Gelsenkir-
chen

Samstag, 25.11.2005

09.30 Uhr
Theo Paeffgen, Bonn / Roberto Lie-
segang, São Paulo:
*Sportlertransfers im deutsch-brasi-
lianischen Sportverkehr*

11.00 Uhr
Jörg Rüsing, Münster:
Sportarbeitsrecht

12.00 Uhr
Dr. Martin Schimke, Düsseldorf:
*Doping: ein Fall für die Straffjus-
tiz?*

13.00 Uhr
Mittagessen

15.30 Uhr
Besuch eines Schalke-Spiels oder
einer ehemaligen Zeche

20.00 Uhr
Abendveranstaltung im Schloss
Berge,
Adenauerallee 103, 45891 Gelsen-
kirchen

Sonntag, 26.11.2005

9.30 Uhr
Mitgliederversammlung mit Vor-
standswahl im Hotel Courtyard,
Parkallee 3, 45891 Gelsenkirchen.
\\

Kontrolldichte bei Tatsachenentscheidungen des Schiedsrichters in Brasilien und Deutschland

Ana Tôrres-Jaeger, D.E.A.*

I. Einleitung

“Es war ein Treffer durch die Hand Gottes!”¹. Der durch die berühmte „Hand Gottes“ erzielte Treffer des Argentiniers Maradona bei der Weltmeisterschaft 1986 brachte Argentinien gegen England ins Finale, auch wenn die ganze Welt Maradonas Schlag mit der Hand am Fernsehen gesehen hatte. Der Handschlag blieb aber vom Schiedsrichter als vermeintlicher „Gott in Schwarz“² unbemerkt, weshalb das Tor galt.

Auch in den deutschen Medien wurde die brasilianische Manipulationsaffäre durch Schiedsrichter in der letzten Fußballsaison

2005/2006 publik gemacht. Die sogenannte „Mafia der Pfeife“ soll viele Begegnungen der ersten Liga und auch des südamerikanischen Championsleague-Pokals, der „Copa Libertadores“, manipuliert haben. Elf Begegnungen der Landesmeisterschaft 2005 sind in Brasilien wegen des Schiedsrichter-Skandals durch das Superior Tribunal de Justiça Desportiva – das Oberste Sportgericht Brasiliens („STJD“) annulliert worden und mussten daher neu angesetzt werden³.

Der Schiedsrichter hat, ob in Brasilien oder Deutschland, als seine originäre Aufgabe Tatsachen festzustellen und auf dieser Basis Entscheidungen zu treffen. Die Verpflichtung des Schiedsrichters umfasst die Verhängung technischer

*Ana Tôrres-Jaeger ist brasilianische Rechtsanwältin und lebt in Friedrichsdorf, Deutschland.

¹ Siehe de.wikipedia.org/wiki/Hand_Gottes.

² Wolf, in: Beweisprobleme, S. 70.

³ Siehe www.globoesporte.globo.com/ESP0/AL1051258-4276,00.html.

Spielstrafen bei einer Regelverletzung – wie Elfmeter, Freistoß oder Eckball – und persönliche Strafen wie Feldverweis oder Verwarnung⁴. Die Entscheidungen der Schiedsrichter auf dem Spielfeld werden von den Zuschauern in den Stadien und gleichzeitig über die Massenmedien von Millionen gleich, ob in Brasilien oder Deutschland, miterlebt. Sie werden registriert und dadurch überprüft, gebilligt oder abgelehnt. Ob anhand von dokumentierenden Fernsehbildern deutlich wird, dass der Spielleiter sich getäuscht hat, bleibt meistens ohne Relevanz. Das Spielergebnis steht im Regelfall mit dem Schlusspfiff des Schiedsrichters fest.

Der oben genannte Fall Maradona macht deutlich, dass die Endgültigkeit der Tatsachenentscheidung des Schiedsrichters in manchen Fällen die Wahrung der sportlichen Gerechtigkeit übertreffen kann: Objektiv falsche Entscheidungen werden in einem bestimmten Umfang zugelassen, um die Autorität des Schiedsrichters für den reibungslosen Ablauf des Spielbetriebes zu wahren.

Das möglicherweise objektiv zu Unrecht zustande gekommene Spielergebnis stellt den Ausgangspunkt für die Erörterung der Frage dar, in welchem Umfang Schiedsrichterentscheidungen durch Sportgerichte und ordentliche Gerichte in Brasilien und Deutschland überprüft werden können und welche Rechtsfolgen in der Sache dies nach sich zieht. Dieser Beitrag nimmt

sich der Frage der Kontrolldichte anhand von Verbandsregeln und unter besonderer Einbeziehung des brasilianischen Rechts an. Untersucht wird die umstrittene Frage nach der Zulässigkeit und dem Umfang der Überprüfung von Tatsachenentscheidungen. Daneben bildet die Diskussion um die Aufhebbarkeit von Tatsachenentscheidungen einen zweiten Schwerpunkt. Ferner wird auch die rechtliche Würdigung einer Inhaltskontrolle der von den Verbandsinstanzen festgestellten und ihrer Entscheidung zugrundegelegten Tatsachen in einem späteren Zivilprozess behandelt.

II. Rechtlicher Rahmen des organisierten Fußballbetriebs

Gemäß der Regel V Spielordnung⁵ der Fédération Internationale de Football Association („FIFA“) hat der Schiedsrichter unbeschränkte Vollmacht für die Leitung des ihm übertragenen Spiels: Er sorgt für die Einhaltung des Regelwerks und leitet den Wettkampf. Die rechtliche Würdigung der Entscheidungen des Schiedsrichters wird auf Basis und in Kenntnis der für den Fußballbetrieb geltenden Sportregeln vorgenommen. Dies sind im Fußball die Spielregeln der FIFA⁶, die sowohl in Brasilien⁷ gelten, wie auch

⁵ Siehe www.fifa.com/de/regulations/regulation/0,1584,3,0.html.

⁶ Art. 6 Abs. 1 der FIFA-Statut stellt fest, dass jedes Mitglied der FIFA nach den Spielregeln des IFAB zu spielen hat und dass einzig der International Football Association Board („IFAB“) befugt ist, Spielregeln aufzustellen und abzuändern.

⁷ Siehe Art. 1 § 1 Lei 9.615 vom 24. März 1998.

⁴ Siehe Regel V der FIFA-Spielregeln.

mit der Spielordnung des DFB in seinem § 1 Abs. 1⁸ für maßgeblich erklärt worden sind.

1. Brasilien

Fußballspieler und -vereine sind in Brasilien in der „Confederação Brasileira de Futebol“ („CBF“), dem Brasilianischen Fußballbund, organisiert. Der CBF ist als Verein organisiert, eine juristische Person des Privatrechts. Sie bildet den Dachverband für den brasilianischen Fußball⁹. Seit 1923 ist der CBF Mitglied des Weltverbands FIFA¹⁰. Die CBF-Satzung sieht zwei Kategorien von Mitgliedern vor: unmittelbare, permanente Mitglieder und mittelbare, transitorische Mitglieder. Gemäß Art. 9 der CBF-Satzung sind die 27 Landesverbände unmittelbare und permanente Mitglieder, während die 22 Fußballvereine der Bundesliga („Primeira Divisão do Campeonato Brasileiro de Futebol“) mittelbare und transitorische Mitglieder sind. Die Fußballvereine müssen sich den Regeln der Dachorganisation unterwerfen, so dass die Fußballvereine erst nach Anerkennung und Unterwerfung unter das CBF-Regelwerk an deren organisierten nationalen Wettkämpfen teilnehmen

⁸ Siehe www.dfb.de/dfb-info/interna/statuten/spielordnung.html.

⁹ Siehe Art.1 CBF-Statut: “associacao de direito privado, de carater desportivo, dirigente do futebol brasileiro”.

¹⁰ Siehe www.cbfnews.uol.com.br. Für eine weitgehend Erörterung der Geschichte des brasilianischen Fußballs, siehe de.Wikipedia.org/wiki/Fu%C3%9Fball_in_brasilien.

dürfen¹¹.

Die Vereinsautonomie und die Sportgerichtsbarkeit genießt in Brasilien verfassungsrechtlichen Schutz. Art. 5 XVII der brasilianischen Verfassung von 1988¹² bestimmt die umfassende grundrechtliche Freiheit der Vereine mit der Einschränkung, dass sie gesetzmäßige Zwecke („para fins lícitos“) verfolgen müssen¹³. Darüber hinaus regelt Art. 217 der brasilianischen Verfassung, dass erst nach Ausschöpfung aller Instanzen der Sportgerichtsbarkeit die Anrufung der staatlichen Gerichte zulässig ist.

Art. 4 § 2 des Gesetzes Nr. 9.615/98, das sogenannte „Lei Pelé“ (Gesetz das unter dem ehemaligen Sportminister und weltbekannten Fußballspieler Pelé Gesetzeskraft erlangte), bestimmt, dass die Organisation des Sports in Brasilien zum brasilianischen Kulturgut gehört¹⁴. Die Organisation, der

¹¹ Siehe Art. 4 und Art. 5 der „Regulamento Geral das Competições Organizadas pela CBF- die brasilianische Spielordnung. Nach Art. 18, n.1 des FIFA-Statuts „Ligen oder andere Vereinigungen von Klubs, die einem Mitglied der FIFA angeschlossen sind, sind diesem untergeordnet und müssen von diesem anerkannt werden. Die Statuten des Mitglieds legen die Zuständigkeiten sowie die Rechte und Pflichten dieser Vereinigungen fest. Statuten und Reglemente solcher Vereinigungen sind durch das Mitglied zu genehmigen“.

¹² Siehe www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%27ao.htm.

¹³ Die Autonomie der Sportverbände wird ausdrücklich in Art. 217 I der Verfassung vorgesehen.

¹⁴ Die Zuordnung hat im Zivilprozess besondere Bedeutung, da deshalb eine öffentliche Verbandsklage erhoben werden kann gemäß Gesetz Nr.10.672/03 und Art. 5, I, III, Zusatzgesetz Nr. 75/93.

Betrieb und die Zuständigkeit der Sportgerichte werden im „Código Brasileiro de Justiça Desportiva“ („Sportgesetzbuch“) definiert. Nach Art. 50 Lei Pelé beschränkt sich die Sportgerichtsbarkeit auf das Verfahren, die Entscheidung über disziplinarische Sanktionen sowie auf sportliche Wettkämpfe¹⁵.

2. Deutschland

In Deutschland besitzt der Deutsche Fußball Bund e.V. („DFB“) die Befugnis zum Aufstellen von Regelungen für den Fußballsport. Der DFB ist Mitglied der FIFA. Aufgrund dieser Mitgliedschaft ist er wie in Brasilien auch gem. § 3 Abs. 1 der FIFA-Satzung den Bestimmungen der FIFA unterworfen und zur Umsetzung der Entscheidungen seiner Organe verpflichtet. Der DFB ist ein nach deutschem Recht eingetragener Verein. Seine Existenzberechtigung beruht auf den BGB-Vorschriften zur inneren Ordnung der Vereine¹⁶. Die Schaffung, Fortschreibung, Überwachung und Durchsetzung der Fußballregeln obliegt dem DFB in Wahrnehmung seiner Verbandsautonomie. Gemäß §7 der DFB-Satzung gliedern sich die Mitglieder des DFB in ordentliche Mitglieder, Ehrenmitglieder

und Ehrenpräsidenten. Ordentliche Mitglieder sind die Landes- und Regionalverbände sowie der Ligaverband. Die verbandsinternen rechtlichen Sanktionsmittel sorgen für die Pflege und Organisation des Fußballs, in Ausübung ihrer verbandsinternen Autonomie¹⁷. Darüber hinaus ist in der Satzung des DFB ein Sanktionskatalog für Regelverstöße und eine eigene Sportgerichtsbarkeit inkorporiert, um die Regelbefolgung abzusichern¹⁸.

III. Tatsachenentscheidungen im System der Fußballregeln

1. Definition des Begriffs Tatsachenentscheidung

Weder in den Regelwerken des brasilianischen Fußballverbands, noch in denen des DFB noch der FIFA wird der Begriff der Tatsachenentscheidung („erro de fato“) legaldefiniert¹⁹. Erläuterungen, die zu einem allgemeinen Verständnis des Begriffes der Tatsachenentschei-

¹⁵ Das Supremo Tribunal Federal, das brasilianische Verfassungsgericht, hat sich mit der Frage der Zuständigkeit des Sportsgericht in einer grundlegenden Entscheidung in Recurso Extraordinário Nr.104-660-1/RS befasst.

¹⁶ Verfassungsquelle sind die zwingenden Normen der §§ 26-39 BGB, sodann die Satzung und die abdingbare Regeln in §§ 26ff. BGB, nämlich §§ 40, 26 Abs. 2 S. 2, 27 Abs.2 S. 2, 37 Abs. 1 und 39 Abs. 2 BGB, s. *Kropholler*, § 25 BGB Rn. 1 sowie *Schwab*, NJW 2005, S. 938 m. w. Nachw.

¹⁷ Die Vereins- bzw. Verbandsautonomie hat ihre rechtliche Grundlage in den §§ 21 ff. BGB. Gemäß § 25 BGB muss ein rechtsfähiger Verein über eine Verfassung verfügen. Die Vereinsautonomie, als Teil der normierten Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) hat verfassungsrechtlichen Rang. Zur Vereinsautonomie gehört eine eigene Rechtssetzungsfähigkeit, die wesentlich durch die Satzung und Nebenordnungen ausgeübt wird, das Recht zur Selbstverwaltung, das sich aus der Anwendung des selbstgesetzten Rechts im Einzelfall ergibt sowie dessen Durchsetzung, s. *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, S. 80; *Kuhn*, S. 42-49.

¹⁸ Die DFB-Satzung sieht in §§ 38 bis 44 die Zuständigkeit ihrer Rechtsorgane, das Sportgericht und sowie das Bundesgericht vor. Nach § 39 der DFB-Satzung ist im Zuständigkeitsbereich der beiden Organe die Verhängung von Sanktionen bei bestimmten Verstößen gegen das DFB-Recht und die Entscheidung über Streitigkeiten im Rahmen des DFB-Regelwerks geregelt.

¹⁹ Siehe für Brasilien: *Krieger*, S. 3; für Deutschland: *Hilpert*, SpuRT 1999, S. 49, 50.

dungen führen, sind im Zirkular 546 der FIFA vom 25. November 1994 und der Entscheidung Nr. 3 vom 6. März 1998 mit Wirkung vom 1. Juli 1998 niedergelegt²⁰. Zirkular 546 legt die Endgültigkeit und Unanfechtbarkeit von Tatsachenentscheidungen, nämlich Abseits, Tor und Elfmeter dar. Entscheidung Nr. 3 bestimmt, dass das Ergebnis eines Spieles sowie die Entscheidung über die Erzielung eines Tores zu den Tatsachenentscheidungen gehören²¹.

Diese Beispiele geben indes noch keine definitivische Bestimmung des Begriff der Tatsachenentscheidung her. Ausgangspunkt für die Entschlüsselung des Begriffs ist die Funktion des Schiedsrichters, anhand der ihm übertragenen Entscheidungsgewalt über den Spielvorgang und das Verhalten der 22 Spieler die mit dem Fußballspiel zusammenhängenden Tatsachen festzustellen (Sachverhaltsermittlung) und darauf aufbauend umgehend eine Regelentscheidung zu fällen²². Demnach sind Tatsacheentscheidungen die Entscheidungen des Schiedsrichters während des Fußballspiels, die den tatsächlichen Ablauf des Spiels betreffen²³. Dazu zählen Feststellungen des Schiedsrichters über ein Tor, ein Hand- oder Foulspiel oder aber eine Bestrafung eines Spielers wegen unsportlichen Verhaltens.

Die bloße Analyse des Begriffs verdeutlicht nicht, dass Tatsachen-

entscheidungen des Schiedsrichters im Fußball, die auf dem Spielfeld während des Spiels getroffen werden, endgültig sind.

Ein Beispiel: Wenn der Schiedsrichter auf Tor erkennt, obwohl der Ball die Torlinie außerhalb der Torpfosten passiert hat, oder wenn er umgekehrt ein Tor nicht gibt, obwohl der Ball die Torlinie zwischen den Torpfosten passiert hat, - was vom Schiedsrichter aber nicht erkannt wird, weil etwa der Ball wegen eines Loches nicht im Netz hängen geblieben ist - fällt er eine feststellende Entscheidung. Hiermit stellt er fest, dass die Voraussetzungen der Regel X - Erzielen eines Tores - im konkreten Fall erfüllt sind.

Grundlage für die Bestandsgarantie schiedsrichterlicher Entscheidungen ist die Regel V der FIFA-Spielregeln. Nach dieser Regel sind Tatsachenentscheidungen des Schiedsrichters, die mit dem Spiel zusammenhängen, endgültig, soweit es um das Spielergebnis geht²⁴. Im Zweifel ist deshalb die Entscheidung des Schiedsrichters maßgebend.

²⁰ Siehe *Hilpert*, SpuRT 1999, S. 49, 50.

²¹ Siehe *Hilpert*, SpuRt 1999, S. 49, 50.

²² *Hennes*, S. 40; *Lauterbach*, S. 2.

²³ *Lenz/Imping*, SpuRT 1994, S. 225, 226.

²⁴ Bis zur Neufassung der FIFA-Spielregeln im Jahr 1997 lautet Regel V Abs. 2 Satz 2: „Seine Entscheidungen über Tatsachen, die mit dem Spiel zusammenhängen, sind endgültig, soweit es um das Spiel-Ergebnis geht“. Das Weglassen des Nachsatzes „soweit es um das Spielergebnis geht“ stellt eine Erweiterung, mindestens sprachlich, des Umfangs der entgeltigen Entscheidungen des Schiedsrichters dar.

2. Abgrenzung zum Regelverstoß

Fehlerhafte Entscheidungen können auf einer Verkennung der Tatsachen oder auf einer fehlerhaften Regelauslegung basieren. Darüber hinaus kann der Grund aber auch auf einer fehlerhaften Anwendung einer eigentlich richtig verstandenen Regel auf eigentlich richtig feststellte Tatsachen – Subsumptionsfehler genannt – beruhen¹. Damit verbunden ist das Abgrenzungsproblem von Tatsachenentscheidung und Regelverstoß („erro de direito“). Unter Tatsachenentscheidungen versteht man alle, den tatsächlichen Ablauf des Fußballspiels betreffende Entscheidungen². Der Begriff Regelverstoß wird als eine – richtige oder unrichtige – Tatsachenentscheidung verstanden, bei der die Regeln fehlerhaft angewendet wird³. Als Regelverstoß wird in Brasilien nicht nur ein Verstoß gegen die Spielregeln gewertet, sondern auch ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen in Art. 185 f. Sportgesetzbuch zum Schutz des Sports, z. B. des Schiedsrichters, der Linienrichter sowie der Mitglieder des Sportgerichts vor physischen Angriffen („agressão física“) oder Bedrohung („ato hostil“).

Folgendes Beispiel⁴ soll die Differenzierung verdeutlichen: Eine Tatsachenentscheidung liegt vor, wenn der Schiedsrichter ein Foul im Strafraum wahrnimmt, obgleich es

außerhalb des Strafraums erfolgte und er deshalb auf Strafstoß entscheidet. Ein Regelverstoß liegt hingegen vor, wenn der Schiedsrichter das Foul zutreffend außerhalb des Strafraums wahrnimmt und regelwidrig auch hierfür auf Strafstoß als Sanktion entscheidet.

Maßgebend für die Abgrenzung ist daher nicht das objektive Geschehen, sondern die Feststellung des Schiedsrichters⁵.

3. Ergebnis

Wesentliche Differenzen der Abgrenzung Tatsachenentscheidung/Regelverstoß nach deutschem und brasilianischem Rechtsverständnis bestehen nicht. Die Abgrenzung von Tatsachenentscheidung und Regelverstoß entspricht der für Juristen generell üblichen Abgrenzung von Sachverhalt und Norm⁶. Das Spielgeschehen gehört zu den Tatsachen. Die fehlerhafte Anwendung der abstrakt gefassten Regeln auf diese Tatsachen stellt dagegen einen Regelverstoß, etwa dann, wenn eine einschlägige Regel nicht angewandt wurde oder aber eine nicht anwendbare Regel zur Anwendung gelangt ist.

IV. Rechtsfolgen in der Sache

Die Abgrenzung von Tatsachenentscheidung und Regelverstoß hat insbesondere Auswirkungen hinsichtlich der Anfechtbarkeit der

¹ Vieweg, in: Festschrift für Röhrich, S. 1255, 1265.

² Lenz/Imping, SpuRt 1994, S. 226.

³ Kuhn, S. 98.

⁴ Beispiel entnommen aus www.sportgericht.com.

⁵ Ausdrücklich Wolf: in: Beweisprobleme, S. 70, 75.

⁶ Wolf, in: Beweisprobleme, S. 70, 75.

Schiedsrichterentscheidung. Grundsätzlich sind nämlich Tatsachenentscheidungen sowohl im brasilianischen⁷ als auch im deutschen Recht⁸ unanfechtbar. Fraglich ist, ob die nicht gerade trennscharfe Abgrenzung damit alle Fälle der Unanfechtbarkeit umfasst.

1. Brasilien

a. Annullierung des Spiels bei Regelverstößen – Unanfechtbarkeit bei Tatsachenentscheidungen

Art. 259 Abs. 1 des Sportgesetzbuchs bestimmt, dass ein Spiel annulliert werden kann, wenn bewiesen wird, dass der Schiedsrichter einen Regelverstoß („erro de direito“) begangen hat. Weitergehende Bestimmungen bzw. eine Konkretisierung der Kann-Bestimmung enthält Art. 259 Abs. 1 des Sportgesetzbuchs nicht⁹. Als Rechtsfolge eines Regelverstoßes ausgeschlossen ist damit etwa eine andere Wertung des Spiels, z. B. dass ein aus einer Abseitsposition erzielt Tor einfach abgezogen wird und die Spielwertung im Übrigen aufrechterhalten wird¹⁰.

Zu prüfen ist, in welcher Weise die Rechtsprechung in Brasilien die Ermessensentscheidung im Hinblick

auf die Rechtsfolge der Spielwiederholung würdigt.

aa. Beispiel Paraná Clube

Während des Viertelfinals der brasilianischen Meisterschaft 2006 unterliefen dem Schiedsrichter beim Spiel von Fluminense gegen Paraná Clube mehrere Fehler. Das Spiel endete mit 2:1 für Fluminense. Auslöser der Proteste vonseiten von Paraná Clube war die Tatsache, dass der Schiedsrichter zwei offenkundige Elfmeter zugunsten von Paraná Clube nicht gegeben hatte. Vermichtlich entscheidend für den Ausgang des Spiels war, dass der Schiedsrichter eine Abseitsstellung eines Stürmers nicht erkannte, die zum ersten Tor von Fluminense führte¹¹. Paraná Clube legte daraufhin Widerspruch gegen die Wertung des Spiels beim „Superior Tribunal de Justiça Desportiva“ („STJD“), dem obersten Sportgericht Brasiliens, ein. Mit dem Widerspruch verfolgte Paraná Clube das Ziel, basierend auf Art. 259 Abs. 1 Sportgesetzbuch das Spiel annullieren und den Schiedsrichter sperren zu lassen. Neben der Ansetzung der Spielwiederholung kann der Schiedsrichter bei einem Regelverstoß („erro de direito“) zwischen 30 und 120 Tage gesperrt werden. Die beantragte einstweilige Verfügung wurde durch den Vorsitzenden des Sportgerichts abgewiesen. Der Grund für diese Entscheidung lag darin, dass die klagende Partei im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht darlegen konnte, dass hier ein

⁷ Siehe *Ezabella*, S. 1.

⁸ Vgl. etwa *Kuhn*, S. 98.

⁹ Disziplinarrechtlich bestimmt Art. 259 Abs. 1 Sportgesetzbuch außerdem, dass der Schiedsrichter persönlich für eine Fehlentscheidung zwischen 30 und 120 Tage gesperrt werden kann.

¹⁰ Ausdrücklich *Krieger*, S. 3.

¹¹ Siehe

www.globoesporte.globo.com/ESP/Noticia/O,,AA1193463-4284,00.html.

Regelverstoß vorgelegen habe. Vielmehr sei von einer bloßen Tatsachenentscheidung auszugehen. Der Kontrollausschuss hat inzwischen ein Verfahren gegen den Schiedsrichter eingeleitet. Zusätzliche Informationen wurden vom Schiedsrichtersausschuss angefordert¹². Zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Beitrages lag die Entscheidung des STJD aber noch nicht vor.

bb. Beispiel Nacional A.C.

Das Entscheidungsspiel zwischen Nacional A.C. („Nacional“) und Rio Branco S.C. („Rio Branco“) in der Saison 2005/2006 um den Verbleib in der 1. Liga endete mit 1:1, weshalb Nacional eigentlich hätte absteigen müssen. Die Mannschaft von Nacional war auf der Siegerstraße bis ein Stürmer von Rio Branco den Ball scharf schoss, dieser objektiv nicht im Tor landete, sondern tatsächlich am Außenetz. Nach Rücksprache mit dem Linienrichter entschied der Schiedsrichter jedoch auf Tor. Nacional hat daraufhin Einspruch gegen die Wertung des Spiels eingelegt unter Berufung auf Art. 259 des Sportgesetzbuchs mit dem Ziel, eine einstweilige Verfügung zu erlangen. Der Verein behauptete, es läge ein Regelverstoß vor. Im Übrigen zeigten die Fernsehaufzeichnungen, dass die Entscheidung des Schiedsrichters offensichtlich falsch war, weshalb es ein rechtswidriges Tor war. Der Verein behauptete weiterhin, dass der

Schiedsrichterregelverstoß kausal für das Ergebnis gewesen sei. Der Vorsitzende des Tribunal Justiça Desportiva do Paraná („TJD Paraná“) – das Sportgericht von Paraná – hat daraufhin eine einstweilige Verfügung verhängt¹³, da er überzeugt war, dass der Fehler das Ergebnis des Spiels mit hoher Wahrscheinlichkeit beeinflusst hatte. Auf die Abgrenzung Tatsachenentscheidung/ Regelverstoß geht der Richter in seiner summarischen Prüfung dabei nicht ein. Im späteren Hauptsacheverfahren ist dann das Sportgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt und hat daher den Einspruch abgewiesen¹⁴. Dagegen wurden Schiedsrichter und Linienrichter gem. Art. 259 des Sportgesetzbuchs durch das Sportgericht mit einer 30 Tage-Sperre belegt: Der Schiedsrichter hatte demnach fehlerhaft entschieden („não apontou o lance de maneira correta“) und der Linienrichter hat das Geschehen fehlerhaft gewürdigt hat („avaliou de forma errada o lance“)¹⁵.

Über die Entscheidungsgründe kann man letztlich nur mutmaßen, da die einstimmig gefasste und veröffentlichte Entscheidung selbst nur das Ergebnis, nicht dagegen die Entscheidungsgründe enthält¹⁶. Aus der

¹² Telefonisch erhaltende Informationen durch das Sekretariat des Superior Tribunal de Justicia Desportiva am 26.05.2006.

¹³ Siehe www.ibest.com.br/servlet/IbestEsporte/?p=11&ch=40&cat=276&clb=3&x=99061PLXFF02402.029.

¹⁴ Prozess Nr. 02/059/06 vom 06.03.2006, abrufbar unter www.tjdpr.com.br.

¹⁵ Prozess Nr. 02/061/2006 vom 06.03.2006, abrufbar unter www.tjdpr.com.br.

¹⁶ Prozess Nr. 02/061/2006 vom 06.03.2006, abrufbar unter www.tjdpr.com.br.

Presse¹⁷ ist zu entnehmen, dass das Gericht letztlich von einer Tatsachenentscheidung ausging, die nicht anfechtbar sei. Der Schiedsrichter wie auch sein Linienrichter hatten die Spielsituation nicht zutreffend erfasst. In der Anwendung der Regel X der FIFA-Spielregeln, wonach *„ein Tor gültig erzielt wird, wenn der Ball die Torlinie zwischen den Torpfosten und unterhalb der Querlatte vollständig überquert hat...“* war ihm kein Fehler unterlaufen. Der Schiedsrichter hat auf Tor erkannt, da nach seiner Erkenntnis der Ball die Torlinie überquert hatte, was indes objektiv nicht zutraf. Daher kam das Sportgericht zum Schluss, dass der Schiedsrichter eine falsche Tatsachenentscheidung getroffen hat. Auf die Frage, ob dem Schiedsrichterassistenten ein Regelverstoß unterlaufen war, der dem Schiedsrichter zuzurechnen sei, geht das Gericht nicht ein.

b. Ausnahmen bei offensichtlich fehlerhaften Tatsachenentscheidungen?

Zu der Frage, ob bei offensichtlich fehlerhaften Tatsachenentscheidungen eine Ausnahme vom Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Tatsachenentscheidungen vorgenommen wird, geht das Gericht offenbar nicht ein. Anlass wäre im Fall von Nacional und Rio Branco eigentlich gewesen, zumal sich Nacional im Verfahren auf das Beweismittel der Fernsehbilder gestützt hat. Anhand

dieser wurde offenbar, dass hier kein Tor erzielt worden war.

In der brasilianischen Literatur wird demnach die Unterscheidung in irreversible Tatsachenentscheidungen einerseits und reversible Regelverstöße andererseits puristisch verteidigt¹⁸. Die Gesetzesbegründung zum Sportgesetzbuch¹⁹ verdeutlicht, dass nur Regelverstöße einen Ansatzpunkt für die Aufhebung von Spielen sein können. Dort wird ausgeführt, dass die technischen Entscheidungen, die ein Schiedsrichter unter Anwendung der Spielregeln trifft, irreversibel sind. Sie können daher im Rahmen der Sportgerichtsbarkeit nicht angegriffen und von dem Sportgericht ergo auch nicht aufgehoben werden. Ausnahmen können nur eintreten, wenn Bestimmungen der internationalen Verbände dies gestatten. Da solche im Rahmen der FIFA nicht bestehen, gibt es keine Angriffsmöglichkeiten bei Tatsachenentscheidungen. Verdeutlicht wird dies anhand einer Entscheidung des ordentlichen Gerichts von Paraná, dem „Tribunal de Justiça do Paraná“ im Berufungsverfahren aus dem Jahr 1998²⁰: Eine falsche Tatsachenentscheidung erlaubt es demnach nicht, das Ergebnis eines Spiels nachträglich durch eine Entscheidung eines Sportgerichts abzuändern, da solche Entscheidungen letztlich immer menschliche Urteile sind, die nicht unfehlbar sind („fidelidade“).

¹⁷ S. z. B.

www.ferasdoesporte.com.br/index.php?interna=1¬icia=3382.

¹⁸ Siehe ausdrücklich *Ezabella*, S. 2.

¹⁹ Siehe Portaria do Ministério do Esporte 146/03, s. www.esporte.gov.br.

²⁰ Apelação Cível No. 93.235-2 de Curitiba, 11^a Vara Cível vom 21.03.2001.

c. Ausnahme bei bewussten Spielmanipulationen durch den Schiedsrichter

Art. 275 des Sportgesetzbuchs bestimmt für den Fall, dass der Schiedsrichter bewusst gegen die „Würde des Sports“ („dignidade do desporto“) verstoßen hat, um das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen, dieser auf unbestimmte Zeit gesperrt wird. Art. 275 § 1 Sportgesetzbuch ordnet in einem solchen Fall die gebundene Entscheidung an, dass das Spiel annulliert wird. Damit ist eine Fallgruppe angesprochen, bei der der Schiedsrichter bewusst einen falschen Sachverhalt zugrunde gelegt hat. Es geht um die Annullierung von Willkürentscheidungen, die allgemein anerkannte Wertmaßstäbe missachten und daher deren Bestand nicht mehr hinnehmbar wird.

Gegenstand eines solchen Vorwurfs war der Schiedsrichter Edilson Pereira de Carvalho, der in der Saison 2005 mehrere Spiele manipuliert hat¹. Er hatte zusammen mit einem Schiedsrichterkollegen mit einem Unternehmer namens Nagib Fayad vereinbart, welcher Verein ein bestimmtes Spiel verlieren bzw. gewinnen sollte. Auf dieser Basis wettete der Unternehmer im Internet Millionenbeträge auf die vereinbarten Spielergebnisse, die dann vom Schiedsrichter entsprechend „gestaltet“ wurden. Neben strafrechtlichen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten wurde ein

Disziplinarverfahren vor dem STJD eingeleitet. Auf Basis von Art. 241² und 275 Sportgesetzbuch wurde der Schiedsrichter auf unbestimmte Zeit gesperrt³. Zugleich ordnete das Bundessportgericht unter Berufung auf Art. 275 § 1 Sportgesetzbuch an, dass die betroffenen 11 Spiele wiederholt werden müssten. Die gegen diese Entscheidung erhobene Berufung einiger betroffener Mannschaften (z. B. International, Cruzeiro etc.) wurde mit Urteil vom 13.10.2005⁴ zurückgewiesen. Es sei unstrittig, dass der Schiedsrichter manipuliert habe. Dagegen hätten die klagenden Mannschaften keine Beweise vorgelegt, weshalb die Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Im Gegenteil habe der Schiedsrichter ein umfassendes Geständnis abgelegt. Er habe den Ausgang der Spiele durch „in Tatsachenentscheidungen versteckte kriminelle Akte“⁵ beeinflusst. Daher seien die Spiele gem. § 275 Sportgesetzbuch zu annullieren. In der Entscheidung geht das Gericht auf den Vorwurf ein, dass Spiele auf dem Spielfeld entschieden werden müssten und nicht am „grünen Tisch“. Dieser Grundsatz gelte bei Tatsachenentscheidungen allgemein, finde seine Grenze aber im Fall einer Beste-

¹ Siehe o. Fn. 3 bzw. s. www.globoesporte.globo.com/ESP0,,AL1051258-4276,,00.html.

² In § 241 Sportgesetzbuch ist bestimmt, dass u. a. ein Schiedsrichter, der sich für die Beeinflussung eines Spiels Vorteile versprechen lässt, er auf unbestimmte Zeit gesperrt wird.

³ Prozess No. 095/05, 1ª Comissão Disciplinar do STJD vom 06.10.2005.

⁴ Prozess No. 195/05, STJD vom 01.12.2005.

⁵ „... sabia ele, como ninguém, alterar resultados, ... mantendo-se precavidamente, nos chamados erros de fato, na busca de „encobrir“ esses seus atos criminosos“.

chung bzw. von Betrügereien⁶. Als Vergleichsfall zieht das Gericht die Umstände heran, die bei politischen Wahlen vorliegen, dann nämlich, wenn Stimmen erkauft würden. Ein solches Ergebnis könne schlechthin nicht Bestand haben.

d. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Tatsachenentscheidungen des Schiedsrichters nach brasilianischem Rechtsverständnis weitgehend nicht anfechtbar sind. Dies umfasst insbesondere auch die Fälle, in denen eine offensichtlich falsche Tatsachenentscheidung gefällt wurde, die vom Gesichtspunkt des Gerechtigkeitsempfindens eigentlich nicht Bestand haben dürften. Die Grenze ist erst erreicht, wenn der Schiedsrichter ein Spiel ergebnisrelevant manipuliert hat. Beim Nachweis dessen hat ein Sportgericht zwingend ein Spiel zu annullieren.

2. Deutschland

a. Grundsatz: Unanfechtbarkeit von Tatsachenentscheidungen

Ob und inwieweit Tatsachenentscheidungen und Regelverstöße durch Sportgerichte überprüft werden, bestimmt in Deutschland das Regelwerk der FIFA und des DFB, insbesondere gelten die Bestimmungen des DFB-Rechts und der

⁶ „Dir-se-á, em defesa da pretensão recursal, que o “jogo se ganha no campo”. É verdadeiro esse dito, desde que o resultado não seja decorrente de suborno, de fraude”.

Verfahrensordnung. Im Rahmen der DFB-Sportgerichtsbarkeit werden nur Regelverstöße überprüft, die spielentscheidende Bedeutung haben. Nach §13 Nr. 1 d) RuVerfO können nur solche Einsprüche gegen die Wertung eines Bundesligaspiels eingelegt werden, „*die sich auf die Spielberechtigung eines Spielers, auf einen entscheidenden Regelverstoß des Schiedsrichters oder auf besondere das Spiel beeinflussende Vorfälle stützen*“. Ein Einspruch nach 17 Nr. 2 c) RuVerfO kann nur „*unter anderem*“ auf einem Regelverstoß des Schiedsrichters gestützt werden, „*wenn der Regelverstoß die Spielwertung als verloren oder unentschieden mit hoher Wahrscheinlichkeit beeinflusst hat*“⁷.

b. Ausnahmen bei offensichtlich fehlerhaften Tatsachenentscheidungen

Tatsachenentscheidungen sind unter diesem Regime indes grundsätzlich unanfechtbar. Eine Abweichung dieses Grundprinzips ergibt sich nur, wenn die Entscheidung über das jeweilige Spiel und dessen Ergebnis hinaus Auswirkungen hat⁸. Die FIFA will die Regel V ihrer Spielregeln, wonach Entscheidungen des Schiedsrichters über Tatsachen, die mit dem Spiel zusammenhängen endgültig sind, ohne jegliche Ausnahme angewandt wissen⁹. Gleich-

⁷ Für eine ausführliche Betrachtung des Themas siehe *Hennes*, S. 40, 42ff.

⁸ *Wolf*, in: *Beweisprobleme*, S. 70, 76.

⁹ Regel V Abschnitt 3 Satz 1 der für alle Fußballnationen verbindlichen Fifa-Fußballregeln lautet: „Seine (scil. des Schiedsrichters) Entscheidungen

wohl hat das DFB-Bundesgericht im Jahre 1979 im sog. Fall „Neunkirchen“ eine Ausnahme gemacht¹⁰. Im Zweitliga-Spiel Borussia Neunkirchen gegen Stuttgarter Kickers am 21.10.1978 hatte der Schiedsrichter ein Tor gegeben, obwohl der Ball am Torgehäuse vorbeigeflogen war, an der Tornetzhalterung abgeprallt und auf der hinteren Tornetzlinie entlanggelaufen war¹¹. Nach Auswertung der Fernsehaufnahmen wurde deutlich, dass es tatsächlich kein Tor war. Trotz der Tatsachenentscheidung des Schiedsrichters wurde das Ergebnis des Spiels nicht anerkannt und das Spiel neu angesetzt. Zur Begründung führte das Gericht an, dass der absolute Zwang, bei Offenkundigkeit eines Irrtums eine Tatsachenentscheidung gleichwohl hinnehmen zu müssen, die Regel V der FIFA-Spielregeln zur Farce degradieren würde. Weiter heißt es in einem Urteil des DFB-Sportgerichts vom 25.10.1982, dass „eine solche, von jedermann zu beachtende Tatsachenentscheidung nur dann nicht vorliegen würde, wenn entweder (der) Schiedsrichter ... bewusst einen falschen Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde gelegt hätte oder wenn an

über Tatsachen, die mit dem Spiel zusammenhängen, sind endgültig“. Tor, Abseits, Foulspiel gehören zu mit dem Spiel zusammenhängenden Tatsachen. Nach Regel V Abschnitt 3 Satz 2 des FIFA-Spielregeln darf eine Entscheidung nur geändert werden, wenn der Schiedsrichter festgestellt hat, dass seine Entscheidung falsch war, oder falls er es für nötig hält, auch nach Abstimmung mit einem Schiedsrichter-Assistent. Vorausgesetzt wird, dass er das Spiel weder fortgesetzt noch abgepfiffen hat.

¹⁰ DFB-Sportgericht, (Az.: 7/78/79), abgedruckt in: *Rechke*, Handbuch des Sportrechts, Elektronische Ressource.

¹¹ Siehe ausführlich dazu *Hilpert*, SpuRt 1999, S. 49-55.

der Entscheidung ausnahmsweise nicht mehr festgehalten werden könne¹². Das OLG Saarbrücken¹³ hat in einem Verfahren über die Rechtsordnung des Deutschen Ringer-Bundes darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Unanfechtbarkeit dann durchgebrochen werde, wenn die Fehlerhaftigkeit der Tatsachenfeststellungen offenkundig sei, d.h. wenn sie für jeden Beteiligten und Zuschauer unmittelbar, irrtumsfrei und ohne weiteres wahrnehmbar und beweisbar gewesen sei.

Das DFB-Bundesgericht hat seine Begründung im Fall „Neunkirchen“ im Fall „Helmer“¹⁴ nicht wiederholt. Im diesem Fall waren die Fußball-Bundesliga Mannschaften des FC Bayern München und des 1. FC Nürnberg zum Ende der Fußball-Bundesliga Saison 1993/1994 beteiligt. Im Spielverlauf entschied der Schiedsrichter, dass die Mannschaft des FC Bayern München ein Tor erzielt hatte, obwohl der Ball neben dem Tor der gegnerischen Mannschaft die Torauslinie überquert hat. Diesen Sachverhalt bestätigten Fernsehaufzeichnungen eindeutig. Nicht zuletzt auf Grund der Torentscheidung des Schiedsrichters wurde das Spiel mit 2:1 Toren zugunsten der FC Bayern München gewertet. Beim DFB legte die Mannschaft des 1. FC Nürnberg nach Ende der Begegnung Protest ein; das Spiel wurde daher erneut angesetzt und das

¹² Zitiert nach *Wolf*, in: Beweisprobleme, S. 70, 77.

¹³ OLG Saarbrücken, Urt. vom 30.11.1982 (Az.: 2 U 113/81), abgedruckt in: *Rechke*, Handbuch des Sportrechts, Elektronische Ressource.

¹⁴ DFB-Sportgericht, Urt. vom 11.05.1994 (Az.: 125/93/94), in: SpuRt 1994, S. 110 f.

Ergebnis des bisherigen Spiels annulliert. Da sich die protestierende Mannschaft zu diesem Zeitpunkt im Kampf gegen den Abstieg und die Heimmannschaft im Kampf um die Meisterschaft befand, war die Spielwiederholung nicht nur für die beiden Vereine selbst von maßgeblicher Bedeutung, sondern für die gesamte Konkurrenz in der Bundesliga. Der Schiedsrichter hatte irrtümlich auf ein Tor erkannt, obwohl der Ball ins Aus gerollt war. Das DFB-Sportgericht hat die Neuansetzung des Spiel mit einem Regelverstoß begründet. Hierzu spaltete es den Sachverhalt in zwei Vorgänge auf: Der Schiedsrichter habe versäumt, im Anschluss an den vermeintlichen Torerfolg trotz eigener Zweifel mündliche Rücksprache mit dem Linienrichter zu nehmen. Dadurch seien Schieds- und Linienrichter von zwei verschiedenen Spielvorgängen ausgegangen. Die Feststellung, dass der Ball im Tor war, bedeute keine Tatsachenfeststellung des Schiedsrichters, sondern eine solche des Linienrichters¹⁵. Der DFB fand also einen - wenn auch wenig überzeugenden - dogmatischen Ausweg über einen konstruierten Regelverstoß¹⁶. Tatsächlich lag indes hier eine Tatsachenentscheidung vor, da der Ball nach seinen Erkenntnissen die Torauslinie zwischen den Pfosten des Nürnberger Tores überschritten hatte. Die Befragung des Linienrichters, der dem Schiedsrichter nur als Helfer zur Seite steht und daher keine eigenverantwortlichen Entscheidungen treffen kann,

hätte es nicht bedurft. Auf einer - objektiv falschen - Tatsachengrundlage hat der Schiedsrichter die Regel regelkonform angewandt. Eigentlich hätte das Gericht das Spiel durch die Kategorisierung als eine offenkundige Fehlentscheidung kassieren können, zumal dem Tor auch eine spielentscheidende Bedeutung zukam¹⁷.

c. Ausnahme bei bewussten Spielmanipulationen durch den Schiedsrichter

Neu in der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB ist §§ 17a Abs. 1 i. V. m. 6a RuVerfO, wonach bei Spielmanipulationen u.a. durch den Schiedsrichter, die das Spielergebnis beeinflusst haben, ein Einspruch dann Aussicht auf Erfolg hat, wenn der Einspruchsberechtigte den Nachweis der Spielmanipulation führt. Rechtsfolge eines solchen erfolgreichen Einspruchs kann entweder eine Spielwiederholung oder aber gem. §§ 17a Abs. 2 S. 2 i. V. m. 17 Abs. 5 RuVerfO eine Wertung mit 0:2 Toren gegen die bevorzugte Mannschaft sein, wenn das Spiel ursprünglich gewonnen oder unentschieden endete. Dies gilt indes nach § 17a Abs. 2 S. 2 RuVerfO in der Regel dann nicht, wenn die Manipulation ausschließlich die Höhe des Spielergebnisses beeinflusst hat und daher nicht den Ausgang des Spiels. Auslöser dieser Änderung war der Fall des Schiedsrichters Hoyzer¹⁸, der bewusst mehrere Spi-

¹⁵ DFB-Sportgericht, a.a.O.

¹⁶ Waske, SpuRt 1994, S. 189, 190.

¹⁷ Lenz/Imping, SpuRt 1994, S. 225, 226.

¹⁸ Dazu Schwab, NJW 2005, S. 938 ff., siehe das Urteil des LG Berlin zur strafrechtlichen Verantwortung unter www.aufrecht.de/4567.html.

ele manipulierte. Bis dato konnte die Wertung der Spielwiederholung nur mit Hilfe eines Erst-Recht-Schlusses zu § 17 Abs. 2 RuVerfO a.F. bzw. aus dem aus §§ 17 Abs. 2 i. V. m. 18 Abs. 4 RuVerfO a.F. rechtskonstruktiv hergeleitet werden. Die Alternative stütze sich auf den Rechtsgedanken, dass ein Spiel zu wiederholen ist, wenn die am Spiel beteiligten Vereine hinsichtlich eines für sie nachteiligen Ergebnisses (Doping, Spielabbruch) kein Verschulden trifft.

3. Rechtsvergleich mit Stellungnahme

Vergleicht man die Rechtslage im Hinblick auf die Überprüfbarkeit von schiedsrichterlichen Tatsachenentscheidungen in Brasilien und Deutschland so kommt man schon alleine wegen der allgemein geltenden Vorgaben des Weltfußballverbands FIFA zu ähnlichen Ergebnissen. Ausgehend von der grundlegenden FIFA-Regel Regel V, der sich CBF und DFB als Mitglied uneingeschränkt unterworfen haben, sind Tatsachenentscheidungen bindend. Nur Regelverstöße können im Grundsatz Sanktionen hinsichtlich der Wertung eines Spiels nach sich ziehen. Unterschiede bestehen jedoch im Detail. Zum einen zeichnet sich die brasilianische Rechtslage durch eine strengere Handhabung des Tatsachendogmas aus. Eine ausdrückliche Diskussion um die Abgrenzung Tatsachenentscheidung/Regelverstoß kennt weder die brasilianische Rechtsprechung noch die dortige Literatur. Wenn über-

haupt, so wird Bezug auf die Diskussion in Deutschland genommen¹⁹. Die Fallgruppe der offenkundigen Tatsachenfehlentscheidungen kennt das brasilianische Fußballrecht (noch) nicht. Dies könnte sich im Zuge der Entscheidung des Falls Fluminense gegen Paraná Clube²⁰ ändern. Bereits vor dem Fall „Hoyzer“ in Deutschland kannte das brasilianische Sportgesetzbuch wohl aufgrund der zahlreichen Skandale in Brasilien die Fallkategorie der Spielmanipulation, die regelmäßig zur Wiederholung der betroffenen Spiele führen. Im Gegensatz zu RuVerfO in Deutschland erfordert es in Brasilien keines konkreten Nachweises der Beeinflussung des Ergebnisses der Spiele, um zu einer Spielwiederholung zu gelangen. Ausreichend ist der Vorsatz, Einfluss auf das Spielergebnis nehmen zu wollen. Demgegenüber verlangt das deutsche Recht zum einen den konkreten Kausalitätsnachweis durch den Beschwerdeführer wie auch die Ergebnisrelevanz. Demgegenüber stellen die vorliegenden Entscheidungen aus Brasilien diesbezüglich keine hohen Anforderungen. Die Rechtsprechung verlangt keinen konkreten Kausalitätsbeweis. In den Fällen der Spielmanipulationen²¹ hat das Sportgericht folglich das Geständnis des Schiedsrichters ausreichen lassen. Eine Ergebnisrelevanz für die Entscheidung auf Spielwiederholung wurde nicht verlangt. Auf Rechtsfolgen-seite ist dem brasilianischen Recht darüber hinaus eine Wertung eines Spiels

¹⁹ So z. B. *Ezabella*, S. 2.

²⁰ Siehe oben S. 9 f.

²¹ Siehe oben unter Fn. 3 und S. 12.

wie in Deutschland mit 0:2-Toren als Alternative zu einer Spielneuansetzung unbekannt.

Aufgrund der Eigenart des Schiedsrichteramtes, das im Sinne einer verlässlichen und geordneten Wettkampfdurchführung schnelle und abschließende Entscheidungen verlangt, ist m. E. die Überprüfbarkeit von Tatsachenentscheidungen des Schiedsrichters wegen der damit verbundenen Unsicherheiten abzulehnen²². Eine Grenzziehung bei offenkundigen Verletzungen hat den Vorteil, materiell „gerechte“ Ergebnisse zu finden. Diese Gerechtigkeit wird indes mit einem hohen Preis erkauft: Der Wettkampf wird in einem solchen Fall vermehrt aus dem Stadion an den grünen Tisch verlagert. Daher ist die brasilianische Lösung (noch) eindeutiger, da sie die Grenze erst im Fall von Manipulationen oder willkürlichen Entscheidungen zieht. Wenn überhaupt sollte die Überprüfung offensichtlich falscher Tatsachenentscheidungen auf ganz eng gefasste Sachverhaltskonstellationen beschränkt bleiben, die ggf. kodifiziert werden sollten: Dazu gehören könnten etwa gravierende Tatsachenentscheidungen, so z.B. bei einer torlinienentscheidenden Feststellung, die das Spielergebnis betreffen.

V. Rechtsschutz gegen Schiedsrichterentscheidungen

Grundsätzlich können Schiedsrichterentscheidungen sowohl durch

Sportgerichte, die letztlich auf dem Prinzip der Selbstverwaltungsautonomie und der Verbandsstrafgewalt beruhen, als auch durch ordentliche Gerichte überprüft werden. Art. 61 des FIFA- Statuts bestimmt jedoch, dass die Verbände in ihrem Statuten zwingend eine Bestimmung aufzunehmen haben, wonach ihre Vereine grundsätzlich Streitfälle nicht vor ein ordentliches Gericht bringen dürfen. Wenn Tatsachenentscheidungen in der Sache nur eingeschränkt überprüfbar sind, ist abrundend im zweiten Schritt noch zu klären, in welcher Form sie prozessual überhaupt angreifbar sind²³.

1. Überprüfbarkeit durch Sportgerichte

a. Brasilien

Gem. Art. 39 Regulamento Geral das Competições – die Spielregeln des CBF – richtet sich eine Anfechtung eines Spielergebnisses nach dem Sportgesetzbuch. Die Sportgerichtsbarkeit wurde durch die Verfassung im Jahre 1988 eingeführt. Art. 217 Abs. 1-4 der Verfassung garantiert die Autonomie der Organisation und des Betriebs des Sports durch die Vereine. Im § 1 des Art. 217 wird bestimmt, dass die ordentlichen Gerichte nur angerufen werden können, nach dem alle Instanzen der Sportgerichte ausgeschöpft worden sind. Organe der Sportgerichtsbarkeit sind das STJD, die TJDs sowie die Comissões Disciplinares (Diszipli-

²² Ähnlich in Deutschland *Kuhn*, S. 98.

²³ Für eine ausführliche Auseinandersetzung der Frage in Deutschland, siehe *Buchberger*, S. 160 ff.

narausschüsse). Erstinstanzlich sind bei Anfechtungen gegen Tatsachenscheidungen von Schiedsrichtern in der 1. brasilianischen Liga neuerdings das STJD als Bundesgericht zuständig gem. Art. 25 Abs. 1 h) Sportgesetzbuch. Das Plenum entscheidet bei Rechtsbehelfen gehen die Entscheidung des STJD. Gemäss Art. 52 der Lei Pelé sind die Rechtsorgane autonomen und unabhängig von den Vereinen. Gleichwohl sind die Vereine für die Kosten des Sportgerichts verantwortlich und dürfen deshalb auch die Mitglieder ihrer Rechtsorgane ernennen.

b. Deutschland

Die Sportgerichtsbarkeit des DFB besteht gem. § 38 Abs. 1 der Satzung aus dem Bundesgericht und dem Sportgericht. Das Sportgericht urteilt demnach in erster Instanz gem. § 42 Abs. 2 c) der DFB-Satzung bei Entscheidungen über Einsprüche gegen die Wertung von Bundesligaspielen. Rechtsmittelinstanz ist das Bundesgericht gem. § 43 Abs. 1 a) der DFB-Satzung.

2. Überprüfbarkeit durch staatliche Gerichte

a. Brasilien

Verfassungsrechtlich verbürgt ist der Zugang zu den staatlichen Gerichten in Art. 5 XXXV der Verfassung (Princípio da inafastabilidade

do controle jurisdicional“)²⁴. Art. 217 der Verfassung § 1 schränkt dies insofern für Sportsachen ein, als zunächst der Instanzenzug durchlaufen worden sein muss. Ausnahmsweise bestimmt Art. 217 § 2 der Verfassung jedoch, dass der Instanzenzug dann nicht abgewartet werden muss, wenn das Sportgericht nicht innerhalb von 60 Tagen entschieden hat²⁵. In inhaltlicher Art sind die ordentlichen Gerichte weder an die Feststellungen der Sportgerichte gebunden, noch beschränkt sich die Kontrolle auf eine bloße Billigkeitskontrolle.

b. Deutschland

Der Bundesgerichtshof hat in seiner früheren Rechtsprechung eine Befassung der Gerichte mit einer weitgehend sachlichen Nachprüfung der verbandsintern festgestellten Tatsachen abgelehnt²⁶ bzw. auf offensichtlich willkürliche Tatsachenfeststellungen begrenzt²⁷. Im Anschluss wurde diese Auffassung aufgegeben, um die Kontrolle der Verbandentscheidung zugrundgelegten Tatsachen durch das ordentliche Gericht umfassend zu bejahen²⁸. Aufgrund einer freiwilligen Unterwerfung – so das Gericht – unter die Vereinstrafgewalt könnten die Vereinsmitglieder für Tatsachen, die sie nicht begangen haben, nicht verantwortlich gemacht wer-

²⁴ Ausführlich *De Quadros/Schmitt*, S. 1 ff.

²⁵ *Krieger*, S. 1; *Cunha Lima*, S. 2.

²⁶ BGHZ 29, S. 352, 363; BGH, NJW 1966, S. 1751.

²⁷ BGHZ 36, S. 105, 114; andere Ansicht in BGHZ 29, S. 352, 362.

²⁸ BGHZ 87, S. 337, 345.

den²⁹. Die Überprüfung von Schiedsrichterentscheidungen durch die ordentlichen Gerichte setzt zunächst voraus, dass der verbandsinterne Instanzenzug erfolglos durchlaufen worden ist³⁰. Nur ausnahmsweise ist dies nicht erforderlich, dann nämlich, wenn wegen lebenswichtiger Interessen in entsprechender Anwendung von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ein Zuwarten nicht zumutbar ist³¹.

Hinsichtlich des Umfangs der Nachprüfung hat das staatliche Gericht in Bezug auf die Feststellung der Tatsachengrundlagen im Rahmen des Beweisantrags gestattet diese voll überprüfen³². Vorbehaltlich der Fälle des Aufnahmewangs beschränkt sich das Gericht bei der Überprüfung einer Sanktionierung grundsätzlich auf die Frage der Willkürentscheidung bzw. der groben Unbilligkeit. Dementsprechend sind Fälle der Überprüfbarkeit von Tatsachenentscheidungen von Schiedsrichtern vor ordentlichen Gerichten kaum bzw. nicht anzutreffen.

3. Rechtsvergleich

Staatliche Gerichte können sowohl in Brasilien als auch Deutschland als Ausfluss der Verbandsautonomie erst nach dem Durchlaufen der Sportgerichtsbarkeit angerufen werden. Ausnahmsweise bestimmt

das brasilianische Recht für den Fall, dass die Sportgerichte nicht innerhalb von 60 Tagen entscheiden, dass der Instanzenzug nicht abgewartet werden muss. In inhaltlicher Sicht beschränkt sich die Kontrolle der Entscheidungen der Sportgerichte nicht auf eine bloße Plausibilitätskontrolle. Gleichwohl hat dies nach Kenntnis der Verfasserin bislang bei der Kontrolle von Tatsachenentscheidungen der Schiedsrichter keine Bedeutung erlangt.

VI. Beweismittel im System der Kontrolldichte

Im Endspiel der Weltmeisterschaft 1966 war dem Schiedsrichter unklar, ob der Ball hinter der Torlinie war, aber nach Rücksprache mit dem Linienrichter hat er auf Tor entschieden³³. Trotz intensiver Film- und technischer Analyse konnte kein eindeutiges Ergebnis gefunden werden. Daher musste die Schiedsrichterentscheidung als die richtige akzeptiert werden. Das Ereignis des „Wembley-Tor“ bewegt seitdem immer wieder die Frage über die Zulässigkeit von Fernsehaufzeichnungen bei zweifelhaften Schiedsrichterentscheidungen³⁴.

1. Deutschland

³³ Siehe de.wikipedia.org/wiki/Wembley-Tor.

³⁴ Die Diskussion wurde durch die Bewilligung des FIFA-Boards von Tests mit der Torlinientechnologie ausgelöst. Um Klarheit bei umstrittenen Situationen zu schaffen, wird in jüngster Zeit eine neue Überwachungstechnologie geprüft, die einen Ball mit Chip-Technologie beinhaltet. Siehe www.fifa.com/de/media/index/0,1369,105517,00.html.

²⁹ BGHZ 87, S. 337, 344.

³⁰ BGHZ 47, S. 172; *Palandt/Heinrichs*, § 25 BGB, Rn. 19.

³¹ *Palandt/Heinrichs*, § 25 BGB, Rn. 19 m. w.

Nachw.

³² BGHZ 87, S. 337, 345.

Beweismittel sind im Verbandsgerichtsverfahren in Deutschland ebenfalls grundsätzlich zulässig, also der Zeugenbeweis (§§ 373 ff. ZPO), der Beweis durch Sachverständige (§§ 402 ff. ZPO), der Augenschein (§§ 371 ff. ZPO) und die Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO)³⁵. Die Rechtsprechung des DFB-Bundesgerichts³⁶ erkennt die grundsätzliche Verwertbarkeit von Fernsehbildern als Beweismittel im sportgerichtlichen Verfahren an. In einem Urteil des DFB-Bundesgericht vom 14.3.1977³⁷ entschied das Gericht, dass Aufnahmen der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten in Sportgerichtsverfahren grundsätzlich als Beweismittel geeignet sind. In einer Entscheidung des DFB-Bundesgerichts vom 27.10.1997³⁸ hat das Gericht unter Berufung auf das FIFA-Zirkular Nr. 546 indes deutlich gemacht, dass audiovisuelle Beweismittel, wenn überhaupt, nur als ergänzendes Beweismittel in Disziplinarfällen (z.B. Verfahren gegen einen Spieler wegen dessen unsportlichen Verhaltens) verwendet werden dürfen³⁹. Ihre Beweiswert ist von Fall zu Fall unterschiedlich und kann aus technischen Gründen eingeschränkt

³⁵ Vgl. *Pfister/Steiner*, S. 45.

³⁶ Urteil vom 14.03.1977 (6/76/77), abgedruckt in: *Rechke*, Handbuch des Sportrechts, Elektronische Ressource.

³⁷ Ebenda.

³⁸ Urteil vom 27.10.1997 (3/97/98), abgedruckt in: *Rechke*, Handbuch des Sportrechts, Elektronische Ressource.

³⁹ Dagegen kommt privaten Fernsehaufnahmen kein Beweiswert zu, insbesondere wenn sie aus dem Kreis der Betroffenen stammen, vgl. DFB-Bundesgericht, Urteil vom 14.03.1977 (6/76/77), abgedruckt in: *Rechke*, a.a.O.

sein⁴⁰. Wegen des Grundsatzes der Endgültigkeit von Tatsachenentscheidungen gilt dies indes nicht im Nichtdisziplinarverfahren, dann nämlich, wenn ein Regelverstoß des Schiedsrichters die Protestgrundlage bildet. Hier besteht somit eine Beschränkung der Beweismittel, die einer Art Beweisthematenverbot gleichkommt⁴¹.

2. Brasilien

Gemäß Art. 58 Sportgesetzbuch wird die Richtigkeit des Spielberichts des Schiedsrichters vermutet. Sie ist damit relativ und dem Beweis des Gegenteils offen. Deshalb bestimmt Art. 58 § 2, dass die Richtigkeitsvermutung nicht gilt, wenn Anzeichen bestehen, nach denen der Schiedsrichter rechtswidrig gehandelt hat. Die zugelassenen Beweismittel sind im Sportgesetzbuch ausdrücklich benannt: Dazu zählt die Parteivernehmung (Art. 60 Sportgesetzbuch), der Urkundenbeweis (Art. 61 f.), der Zeugenbeweis (Art. 63 f.), der Beweis durch audiovisuelle Mittel (Photos, phonographische Aufzeichnungen sowie Videoaufzeichnungen, andere Bildfixierungsmethoden und elektronische Aufzeichnungen) (Art. 65 bis 67). Des Weiteren zählen dazu der Beweis durch Sachverständige (Art. 68 f.) sowie der Augenschein (Art. 70 f.). Trotz des oben genannten FIFA-Zirkulars Nr. 546 ist

⁴⁰ Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der Fernsehaufzeichnungen werden oft zwei Argumente vertreten: die Manipulationsgefahr und der Autoritätsverlust des Schiedsrichters, siehe dazu *Hennes*, S. 40, 45.

⁴¹ Kritisch *Hilpert*, S. 19; *Lauterbach*, S. 21.

aus dem Sportgesetzbuch nicht ersichtlich, dass das Beweismittel der audiovisuellen Medien im Disziplinarverfahren etwa nur als ein ergänzendes Beweismittel verwandt werden kann⁴². Des Weiteren wird auch nicht in Disziplinar- und Nichtdisziplinarverfahren unterschieden. In Art. 65 Sportgesetzbuch wird nur bestimmt, dass audiovisuelle Medien mit der gegebenen Vorsicht eingesetzt werden müssen. Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund der brasilianischen Verfassung zu sehen, die in Art. 5 LV den verfassungsrechtlichen Grundsatz aufstellt, dass rechtssuchende Parteien alle möglichen Beweismittel zur Verfügung stehen und diese vor ordentlichen und Verwaltungsgerichten vorgebracht werden dürfen⁴³.

3. Rechtsvergleich mit Stellungnahme

Obgleich die FIFA-Vorgaben offenbar in der Rechtsprechung der deutschen Sportgerichte eingehalten werden, weicht die brasilianische Rechtslage davon ab. Eine Einschränkung in Form einer Art Beweisthemenverbots ist zumindest dem Sportgesetzbuch nicht zu entnehmen. Gerichtsentscheidungen aus Brasilien, die sich zu einem eingeschränkten Beweiswert von audiovisuellen Medien in nicht-disziplinarischen Verfahren auslassen, konnten von der Verfasserin nicht ermittelt werden. In der oben genannten Entscheidung zu dem Spiel

Fluminense gegen Paraná Clube⁴⁴ waren als Beweismittel ausdrücklich Fernsehaufzeichnungen genannt worden. Es ist auch im Sinne einer möglichst weitgehenden Wahrheitsfindung recht und billig, dass alle Beweismittel auch in Nichtdisziplinarfällen uneingeschränkt zur Verfügung stehen.

Literaturverzeichnis

Literatur aus Brasilien:

Cunha Lima, Luiz César: Justiça Desportiva, in:
www.direitodesportivo.com.br/artigos1.php?codigo=5*.

De Quadros, Alexandre Hellen-der; Schmitt, Paulo Marcos: Justiça Desportiva vs. Poder Judiciário : Um conflito constitucional aparente, in:
www.portaldodireitodesportivo.com.br*.

Ezabella, Felipe Legrazie: A diferença entre “erro de fato” e “erro de direito”, in:
www.cidadesdofutebol.uol.com.br*.

Krieger, Marcilio: A Justiça Desportiva e os Princípios Disciplinares, in:
www.portaldodireitodesportivo.com.br*.

Literatur aus Deutschland:

Buchberger, Markus: Die Überprüfbarkeit sportverbandsrechtlicher Entscheidungen durch die

⁴² Krieger, S. 4.

⁴³ Krieger, S. 5.

⁴⁴ Siehe oben S. 9.

ordentliche Gerichtsbarkeit,
Diss., Berlin 1999.

*Fritzweiler, Jochen; Pfister,
Bernhard; Summerer, Thomas:*
Praxishandbuch Sportrecht,
München 1998.

Hennes, Wilhelm: Regelverstoß;
Tatsachenfeststellung und Über-
prüfung durch das Sportgericht,
in: Der Schiedsrichter und das
Recht, Stuttgart 1989, S. 40 ff.

Hilpert, Horst: Tatsachenent-
scheidung und Regelverstoß im
Fußball – Neuere Entwicklungen
und Tendenzen, in: SpuRt 1999,
S. 49 ff.

Lauterbach, Kathrin: Der Video-
beweis (u.a. Abgrenzung Tatsa-
chenentscheidung/Regelverstoß;
Pflicht zur Einführung des Vi-
deobeweises?), in:
www.sportrecht.org*

Lenz, Tobias; Imping, Andreas:
Tatsachenentscheidungen: Bin-
dung und Ausnahmen – Zugleich
Anmerkung zum Urteil des DFB-
Sportgerichts vom 26.4.1994
(Bundesligaspiel Bayern Mün-
chen gegen 1. FC Nürnberg, in:
SpuRt 1994, S. 225 ff.

Kropholler Jan: BGB, 9. Aufl.,
München 2006.

Kuhn, Bernd: Der Sportschieds-
richter zwischen bürgerlichem
Recht und Verbandsrecht, Diss.,
Frankfurt am Main 2000.

Palandt, Otto: Bürgerliches Ge-
setzbuch, 65. Aufl., München

2006.

Reschke, Eike: Handbuch des
Sportrechts, Neuwied 2004 (E-
lektronische Resource).

Schwab, Rouven: Das zivilrecht-
liche Nachspiel im Fall Hoyzer,
in: NJW 2005, S. 938 ff.

Vieweg, Klaus: Fairness und
Sportregeln – Zur Problematik
sog. Tatsachenentscheidungen
im Sport, in: Festschrift für Vol-
ker Röhrich zum 65. Ge-
burtstag, Köln 2005, S. 1255 ff.

Waske, Thomas K.: Nochmals:
Die Angst des DFB-
Sportgerichts vor der Tatsachen-
entscheidung, in: SpuRt 1994, S:
189 ff.

Wolf, Manfred: In dubio pro ar-
bitro?, in: Beweisprobleme in
der Sportrechtsprechung, Stutt-
gart 1984.

* Internetaufweise wurden mit
Stand vom 05.06. 2006 abgeru-
fen bzw. nochmals überprüft.

Talent Scouting in Brasilien – Schatzsuche der ganz besonderen Art

Hans J. Zeese, Frank Thömmes*

1. Einleitung

Nahezu jeder, der das Wort Brasilien hört, bringt hiermit unweigerlich Fußball in Verbindung. Ebenso wie das Wort Fußball über kurz oder lang stets mit Brasilien in Verbindung gebracht wird. Kein Wunder, das Land ist fünffacher Weltmeister, und nirgendwo sonst auf der Welt bringt der liebe Gott so viele gesegnete Talente hervor wie im größten Land Südamerikas. Jeder weiß, dass von dort mit die besten Spieler dieser Erde kommen.

2. Die Talentsuche und das notwendige Verständnis für das Land

Nur – wie findet man diese Rohdiamanten und wie gelingt es einem, sie unter die eigenen Fittiche zu nehmen? Wie geht man vor in einem Land, das größer als Europa ist, 187 Millionen Einwohner hat, wo an jeder Ecke gekickt wird und 24 Stunden am Tag überall ein zwar liebenswertes, aber trotzdem totales Chaos herrscht? Allein die enormen

Dimensionen, die dort zu finden sind, machen von vorne herein klar, dass hier eine andere Vorgehensweise gefragt ist als im kleinen beschaulichen Deutschland, wo die Struktur im Fußball vom Top-Bundesligaverein mit Größen wie Michael Ballack bis hin zum Platzwart vom FC Kleinwölferode straff und transparent durchorganisiert ist.

Oftmals schicken europäische Vereine eigene Talentspäher blind nach Brasilien, um nach jungen Talenten Ausschau zu halten. Wird dort ein Spieler mit überdurchschnittlichem Potenzial im Nachwuchs- oder Profibereich entdeckt, wird diesem nach näherer Beobachtung in der Regel ein Angebot gemacht. Diese Vorgehensweise ist jedoch für eine langfristige Erfolgsquote zu kurz gedacht. Um beurteilen zu können, ob ein hochtalentierter Fußballer auch alle Voraussetzungen für den europäischen Markt mitbringt, sind zahlreiche Faktoren im Vorfeld zu berücksichtigen.

Man muss vorher zuerst über längere Zeit lernen, dieses Land zu „verstehen“. Es gilt zu verstehen, was dort eigentlich vor sich geht, wie es vor sich geht und warum dies so vor sich geht. Man muss die Sprache perfekt beherrschen, man muss zwischen den Zeilen lesen können, mit allen Ausdrucksweisen

* Hans J. Zeese ist geschäftsführender Gesellschafter der BoaVista Consulting GmbH, einer spezialisierten Unternehmensberatung für deutsch-brasilianische Wirtschaftsbeziehungen und Sport Management. Frank Thömmes ist Diplom-Sportlehrer und besitzt als Fußball-Lehrer des DFB die höchste deutsche Trainerlizenz.

und Wortwendungen vertraut sein, die in keinem Wörterbuch zu finden sind und man muss die zahlreichen inländischen regionalen Unterschiede kennen. Man muss die Denkweise, die Mentalität, die Ziele und den Antrieb der Menschen verstehen, ebenso wie man mit einer gehörigen Portion Menschenkenntnis ausgestattet sein sollte. Man muss sowohl die Strukturen des Fußballs als auch die des Landes verstehen, der Wirtschaft, der Politik, der Berufsverbände, der Gewerkschaften, der Bevölkerung, der organisierten Kriminalität und der Familien. Warum? Weil oftmals viele davon ein gehöriges Wörtchen im Fußball mitzureden haben. Fußball ist in Brasilien nicht nur ein geliebter Sport. Es ist Religion, Politik, Macht, Geld und internationales Ansehen, und hier hört in der Regel der Spaß dann schnell auf.

3. Fussball als Geschäft

Fußball ist eines DER Geschäfte, um in Brasilien Geld zu verdienen. Viel Geld. Somit tummeln sich dort auch zahlreiche unseriöse Berater, Vermittler, Trainer, Fußballschulen, Funktionäre und sonstige Personen, um vom Kuchen ein Stück abzubekommen. Jeder hat die besten Talente, jeder ist davon überzeugt, dass seine Schützlinge die neuen Ronaldos und Ronaldinhos werden und jeder ist davon überzeugt, dass seine „Ware“ die qualitativ beste überhaupt ist.

Aber auch mit Hoffnungen und Träumen wird über unseriöse Ma-

chenschaften Geld verdient. Es gibt unzählige Beispiele von Vermittlern, die Probetrainings und Karrieren bei Profi-Vereinen versprechen. Der Spieler müsste nur seinen Flug, seine Unterkunft und seine Verpflegung selbst bezahlen sowie eine „kleine Bearbeitungsgebühr“ für den Vermittler (in der Regel mehrere tausend US Dollar). Sie glauben, niemand wäre dazu bereit, in Brasilien das auf sich zu nehmen und zu zahlen? Seien Sie sicher, es gibt unzählige Familien dort, die Haus, Hof und die gesamte Familie verpfänden würden, nur um dem Filius eine Karriere in Europa zu ermöglichen, damit er anschließend das Zigtausendfache der Investitionssumme wieder zurück bringt. Selbstredend, dass Spieler, die solchen Betrügnern auf den Leim gehen, niemals auch nur den Rasen eines europäischen Profi-Vereins betreten werden.

Was also tun, um als Vermittler oder Verein in Brasilien an hochtalentiertere Spieler heranzukommen, die sich mit einer höheren Wahrscheinlichkeit in Europa auf höchstem Niveau langfristig durchsetzen? Die eine Möglichkeit ist, den bequemen (aber sehr teuren) Weg zu gehen, nämlich die Junioren der brasilianischen Top-Vereine zu sichten. In São Paulo gibt es jährlich Anfang Januar das wichtigste Juniorenturnier des Landes, wo bis zu 80 der besten Juniorenmannschaften um den Turniersieg kämpfen. Hier sitzen alljährlich auch die Scouts der europäischen Topvereine auf der Tribüne, um den Nachwuchs zu begutachten. Talente wie beispielsweise Adriano wurden

bei diesem Turnier entdeckt. Junge talentierte Spieler mit großem Potenzial, die sich hier durchsetzen, kosten allerdings horrenden Ablösesummen und „sonstige Gebühren“. Zudem ist keinesfalls sichergestellt, dass dieser neben seinen sportlichen Qualitäten auch die charakterliche und mentale Stärke hat, in Europa erfolgreich zu sein.

Die andere Möglichkeit ist also, sich abseits der großen Vereine, Profiligen und Turniere umzusehen. In regionalen Ligen und Mannschaften und in privaten Fußballschulen. Dieses Feld wiederum ist jedoch riesig und völlig unübersichtlich. Daher ist es erforderlich, ein lokales Netzwerk an „Vertrauen und Kompetenz“ aufzubauen. Es gleicht einem Lottospiel, einfach nach Brasilien zu fahren, um dort nach Talenten zu suchen. Diese jungen Spieler systematisch zu suchen und zu identifizieren, können nur einheimische und erfahrene Leute vor Ort leisten, die in dieses System eingebunden und in ihm groß geworden sind. Das können Trainer, ehemalige Spieler, Fußballschuleninhaber, Schiedsrichter oder sonstige geeignete Personen sein. Wie man in Brasilien vertrauenswürdige und kompetente Leute für ein solches Netzwerk kennen lernt? Hier wiederum ist nun das Wissen über Land und Leute sowie die Menschenkenntnis des Beraters gefragt. Ein solches effektives Netzwerk in Brasilien aufzubauen braucht jedoch Jahre.

Die Verhältnisse, in welchen manche regionale Fußballschulen und Mannschaften arbeiten müssen, sind

hierzulande nur schwer vorstellbar. Als Platzwart und Rasenmäher dient ein Esel, der Platz verfügt über keine Löcher, sondern über mittlere Krater, halbwegs anständige Fußballschuhe sind nur teilweise vorhanden und das Training findet mit 25 Mann und ganzen drei krummen Bällen statt. Hinzu kommt gerade in den Großstädten, dass an manchen Stadtmeisterschaften Mannschaften aus den dortigen Favelas (Armenviertel, wo u.a. der Drogenhandel organisiert wird, da sich die Polizei teilweise dort nur bedingt hintraut) teilnehmen, welche von Personen kontrolliert werden, denen man den Sieg dann doch besser freiwillig überlässt.

Schwer vorzustellen, dass in solchen Verhältnissen solche „Schätze“ zu finden sind und schwer verständlich, warum diese dann nicht in einer Juniorenmannschaft eines Topvereins spielen. Doch sie sind dort tatsächlich zu finden. Grund hierfür sind meist die ärmlichen Verhältnisse, aus denen die Spieler stammen. Neben dem größten sportlichen Talent ist in Brasilien mehr nötig, um in einer Top-Juniorenmannschaft zu spielen. Der Verein zahlt nur in absoluten Ausnahmefällen Fahrtgeld für den Bus zum Training (die Auswahl der Talente ist einfach zu groß), und hier beginnt bereits die erste Hürde, da viele zusammen mit zahlreichen kleineren Geschwistern und einer allein erziehenden Mutter wohnen und sich schon dieses Fahrtgeld nicht leisten können. In den Vereinen selbst zählt dann schon der sportliche Aspekt, wer spielt und wer nicht. Allerdings werden bei

gleicher Leistung Söhne der gehobenen Mittelschicht vom Trainer nicht unbedingt benachteiligt, da hier oftmals die eine oder andere Gefälligkeit des Vaters geleistet wird.

4. Der Prozess des Scoutings

Wie läuft nun der Prozess eines Scoutings ab? Nach einer ersten Auswahl durch einen Scout des Netzwerks wird ein sportliches und psychologisches Kurzprofil des Spielers mit den wichtigsten Daten erstellt und nach Deutschland übermittelt. Hier wiederum wird anhand des Profils und der persönlichen Meinung des Scouts geprüft, ob der Spieler weiter und intensiver beobachtet wird. Wenn ja, wird über einen längeren Zeitraum eine Feinanalyse im sportlichen wie im persönlichen Bereich durchgeführt. Der Spieler wird vor Ort mehrmals auch vom Berater selbst beobachtet, ebenso werden sehr lange Gespräche mit ihm und mit seiner Familie geführt, um sich ein Bild von den charakterlichen Eigenschaften und sozialen Umständen zu machen.

Zur detaillierten sportlichen und charakterlichen Beurteilung wird eine Exceltabelle mit zahlreichen Bewertungen in Form von Punktevergaben benutzt, wobei mehrere Mittelwerte gebildet werden. Diese Werte allein sind jedoch noch nicht ausschlaggebend für die Entscheidung, sie dienen lediglich als objektive Entscheidungshilfe. Basierend darauf gibt letztlich ein positives Bauchgefühl den letzten Ausschlag. Fallen die Beurteilungen

positiv aus und der Spieler bringt weiterhin konstant im Wettkampf hohe sportliche und disziplinarische Leistungen, wird ein Test in Deutschland bzw. im deutschsprachigen Raum organisiert. Der Spieler wird bereits vor seiner Abreise bestmöglich darauf vorbereitet, was ihn hier erwartet (Klima, schnellere und härtere Spielweise, Mentalität, rassistische Äußerungen etc.). Ebenso lernt er bereits in Brasilien die wichtigsten Wörter und Redewendungen in Deutsch), damit er sich voll und ganz auf seine sportliche Leistung bei dem Test auf dem Platz konzentrieren kann.

Ein realistischer Zeitraum von einer Erstidentifikation bis hin zu einem Test bei einem europäischen Verein sind ca. eineinhalb Jahre. Dies zeigt den hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand, der betrieben werden muss, um überhaupt erst einen Spieler einen Test durchführen zu lassen. Selbst wenn dieser bestanden wird, ist noch lange kein echter Verdienst in Sicht. Nachdem er in einen Profikader aufgenommen wurde, muss er nun in der Lage sein, regelmäßig unter den elf Besten zu sein, zu spielen und konstant über längere Zeit höchste Leistungen zu bringen. Und erst dann beginnt die interessante Zeit auch für den Berater.

Nachdem die erste Hürde genommen und ein Profivertrag unterzeichnet wurde, nimmt die anschließende Betreuung hier in Deutschland sehr viel Zeit in Anspruch. Es wird grundsätzlich immer versucht, den Spieler über seine ganze Karriere hinweg zu begleiten,

zu unterstützen, behutsam aufzubauen und ihn mit langsamen, aber festen Schritten in seinem Werdegang voran zu bringen. Hierzu ist eine enge persönliche und vertrauensvolle Bindung zu dem Spieler unerlässlich. Es werden regelmäßige lange Gespräche geführt, in denen neben gemeinsamen Spielanalysen auch viel Persönliches wie Heimweh, Liebeskummer oder sonstiges besprochen wird. Deshalb ist es kaum möglich, mehr als drei bis vier Spieler gleichzeitig zu betreuen, da der Zeitaufwand hierfür zu groß ist.

Der Vorteil dieser Leistungen für Vereine liegt somit auf der Hand. Bei einem brasilianischen Spieler, der über einen längeren Zeitraum sorgfältig und systematisch im sportlichen und charakterlichen Bereich von erfahrenen Leuten beobachtet und analysiert wurde, liegt die Ausfallquote weitaus geringer als bei einem vereinseigenen unerfahrenen Schnellschuss. Hinzu kommt die Ersparnis von Zeit und Geld, welches aufgewendet werden müsste, um dies als Verein alles selbst vor Ort in Brasilien leisten zu können.\\

Produkthaftung im brasilianischen Verbraucherschutzgesetz

Dr. Renata Martins, LL.M.*

Einleitung

Das brasilianische Verbraucherschutzgesetz (der *Código de Defesa do Consumidor* – CDC – Gesetz 8.078/1990¹) ist 1991 in Kraft ge-

treten. Seine Entstehung war bereits in der Verfassung von 1988 in Art. 48 der Übergangsregeln anvisiert²

* Dr. Renata Martins, LL.M. leitet (gemeinsam mit E. B. Messer) das Zentrum für Schlüsselqualifikationen im Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Sie ist zugleich Habilitandin an diesem Fachbereich sowie Lehrbeauftragte für brasilianisches Recht in Frankfurt a.M. und an der Humboldt-Universität zu Berlin. Dieser Beitrag ist eine leicht geänderte und um Fußnoten ergänzte Version

des Vortrags mit dem gleichen Titel, den sie am 8. Juli 2006 anlässlich des Symposiums Brasil-Alemanha an der Humboldt-Universität zu Berlin gehalten hat.

¹ Das Gesetz ist auf der Webseite des brasilianischen *Senado Federal* unter der Adresse www.senado.gov.br/sf/legislacao/ zu ersehen (letzter Zugang am 01.10.2006).

² Art. 48 der brasilianischen Verfassung (bV) lautet: „Der Nationalkongress wird innerhalb von 120 Tagen des Erlassens der Verfassung ein Verbraucherschutzgesetz anfertigen“. Der Verbraucherschutz wird auch im Katalog der Grundrechte erwähnt (Art.

und beruht auf einer rechtspolitischen Entscheidung, dem Verbraucher, in der Regel die schwächere Partie in Rechtsverhältnissen³, einen besseren und effizienteren Schutz neben dem Zivilgesetzbuch⁴ zu gewährleisten.⁵ Ziel dieser Gesetzgebung ist, Gleichheit zwischen Ungleichen herzustellen.⁶

Das brasilianische Verbraucherschutzgesetz gilt als modernes Gesetz und wird hin und wieder als Modell und Inspiration für Gesetze anderer lateinamerikanischer Länder oder – im Zusammenhang mit der südamerikanischen Integration – für eine gemeinsame Gesetzgebung in Erwägung gezogen.⁷

Ein wichtiges Merkmal dieses Gesetzes ist seine Rechtsfortbildung durch Richterrecht. Aufgrund der

praktischen Anwendbarkeit des *Código* ist seit seinem Inkrafttreten eine große Anzahl von Gerichtsentscheidungen entstanden⁸, die zur Auslegung des Gesetzes wesentlich beigetragen haben.⁹

Nennenswert ist die richterliche Rechtsfortbildung im Bereich der Produkthaftung, d.h. der Haftung für Schäden, die dem Verbraucher durch defekte Waren entstehen. Die wichtigsten Regeln der Produkthaftung werden in diesem Beitrag unter Berücksichtigung der Rechtsprechung dargestellt werden¹⁰.

I. Anwendbarkeit des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes

Das Verbraucherschutzgesetz findet nur auf Verbraucherrechtsverhältnisse Anwendung. Diese liegen vor, wenn einerseits ein Verbraucher und andererseits ein Lieferant am zugrunde liegenden Rechtsgeschäft teilnehmen. Verbraucher (der *Consumidor*) ist jede natürliche oder juristische Person, die als Endadressat oder Endverbraucher ein Produkt erwirbt oder eine Dienstleistung in Anspruch nimmt (Art. 2 CDC). Lieferant (der *Fornecedor*) ist derjenige, der die professionelle Produktion, Zusammensetzung,

5, XXXII bV: „Der Staat wird durch Gesetz den Verbraucherschutz gewähren.“) und in der Wirtschaftsverfassung als Grundlage der Wirtschaftsordnung vorgesehen (Art. 170, V bV).

³ Zur „Verwundbarkeit“ des Verbrauchers s. C. A. Bittar, *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*, 5. Aufl., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2002, S. 1 f. und S. L. Ferreira da Rocha, *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*, 2. Aufl., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, S. 22-23.

⁴ Zum Verhältnis zwischen dem Zivilgesetzbuch und dem Verbrauchergesetzbuch vgl. C. L. Marques/A. H. V. Benjamin/B. Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, S. 33, 44. Als *lex specialis* zur zivilrechtlichen Regulierungen bleiben die für die Produkthaftung relevanten Regeln von dem neuen *Código Civil* unberührt.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte und vorherige Gesetzgebung s. C. A. Bittar (FN 3), S. 14 f., 20 f..

⁶ C. L. Marques/A. H. V. Benjamin/B. Miragem (FN 4), S. 41 sowie die auf S. 59 zitierte Entscheidung des Gerichts von Rio Grande do Sul.

⁷ S. dazu C. L. Marques/A. H. V. Benjamin/B. Miragem (FN 4), S. 13 und FN 1 mwN.

⁸ Vgl. S. L. Ferreira da Rocha (FN 3), S. 69.

⁹ Dazu C. L. Marques/A. H. V. Benjamin/B. Miragem (FN 4), S. 13.

¹⁰ Dieser Beitrag befasst sich nicht mit der Haftung von Dienstleistungserbringern für Schäden, welchen von der durchgeführten Dienstleistung verursacht werden (vgl. Art. 14 des CDC). Im Schrifttum s. dazu A. Pellegrini Grinover u.a., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 7. Aufl., Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2001, S. 173 f.

Schaffung, Bau, Umwandlung, Anbau, Import, Export, Vertrieb oder Handel betreibt oder Dienstleistung erbringt (Art. 3 CDC). *Fornecedor* ist also ein allgemeiner Oberbegriff.

Der Endadressat ist derjenige, der ein das Produkt für seinen Verbrauch oder den Verbrauch durch seine Familie, erwirbt. Er kauft nicht, um weiterzuverkaufen; er verwendet es nicht weiter in der Produktionskette, also nicht im Rahmen der Produktion seiner eigenen Ware oder der Erbringung der von ihm angebotenen Dienstleistung.¹¹ Der Buchhändler, der Bücher für den Weiterverkauf erwirbt, ist somit kein Verbraucher; der Studierende, der ein Buch bei diesem Buchhändler kauft, ist es zweifelsohne.

Deswegen genießen natürliche und juristische Personen, die die erworbene Ware in der Produktionskette weiter verwenden, auch in der Rechtsprechung nicht den Schutz der Gesetzgebung. So ist z.B. ein Transportunternehmen, der neue Lkws für seinen Betrieb leaset, kein Verbraucher im Sinne der Gesetzgebung.¹² Auch Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern und Banken über ein Darlehen werden in ständiger Rechtsprechung¹³ von der

Anwendbarkeit des CDC ausgeschlossen, wenn es davon auszugeschlossen ist, dass die Finanzierung der Geschäftsabwicklung dient.¹⁴

Interessanterweise bejaht die Rechtsprechung des *Superior Tribunal de Justiça* den Schutz des CDC für Fälle der beruflichen Anwendung der gekauften Ware, wenn die Berufsperson oder ein Unternehmen die schwächere Partei im Vertrag darstellt. Beispiele sind etwa der Taxifahrer beim Kauf des Taxis¹⁵ sowie der Bauer beim Kauf von Düngen¹⁶, die den Schutz des Verbrauchers verdient haben, weil sie wirtschaftlich schwächer als die jeweiligen Gegenparteien waren. Diese Auslegung ist zulässig, weil sie dem Geist dieser Gesetzgebung, also rechtliche Gleichheit unter wirtschaftlich Ungleichen herzu-

Entscheidung wird von einer Verbraucherdefinition ausgegangen, nach der der Verbraucher Endadressat der Dienstleistung der Bank ist. Dient die erhaltene Finanzierung der Unternehmensproduktion und wird sie somit in der Produktionskette wieder verwendet, dann dürfte das Unternehmen nicht als Endadressat angesehen werden – so wie die bisherige Rechtsprechung. Die Entscheidung des STF (ADIn 2591/DF vom 07.06.2006) kann unter folgender Internetadresse erlesen werden: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp> (letzter Zugang am 09.10.2006).

¹⁴ So der *Tribunal de Alçada Civil de São Paulo* (12. Kammer), der *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais* sowie der *Superior Tribunal de Justiça*, alle Entscheidungen von 1999 zit. in *C. L. Marques/ A. H. V. Benjamin/ B. Miragem* (FN 4), S. 76-77.

¹⁵ *Superior Tribunal de Justiça*, REsp 231208/PE vom 07.12.2000, zit. *C. L. Marques/ A. H. V. Benjamin/ B. Miragem* (FN 4), S. 83-84.

¹⁶ *Superior Tribunal de Justiça*, REsp 208793/MT vom 18.11.1999, zit. in *C. L. Marques/ A. H. V. Benjamin/ B. Miragem* (FN 4), S. 83.

¹¹ Vgl. *S. L. Ferreira da Rocha* (FN 3), S. 69.

¹² S. die Entscheidungen des *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia* und des *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*, die in *C. L. Marques/ A. H. V. Benjamin/ B. Miragem* (FN 4), S., 79-80, zitiert werden.

¹³ Diese Auslegung dürfte selbst nach der Entscheidung des *Supremo Tribunal Federal* (STF) über die Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgesetzes für Banken aufrechterhalten werden. Denn auch in der

stellen, entspricht.¹⁷ Darüber hinaus gibt es Meinungen in der Lehre, die entsprechend diesem „Geist“ eine Anwendung des CDC auch für diejenigen Fälle bejahen, in denen die erworbene Ware nicht zum Geschäftsbereich des Kaufenden gehört, wie etwa im Fall eines Rechtsanwalts, der einen neuen Rechner kauft und dabei als Verbraucher angesehen werden könnte.¹⁸

Keine Verbrauchsrechtsgeschäfte sind andererseits – neben den Rechtsverhältnissen des Gesellschaftsrechts – arbeitsrechtliche Verhältnisse (Art. 3, § 2 CDC) sowie zivilrechtliche Verträge, in denen die Figur des Lieferanten – d. h. der professionell tätigen Person – fehlt.

II. Die Produkthaftung des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes

Die Produkthaftung wird in Art. 12 f. CDC geregelt.

1. Defekt:

Art. 12 CDC sieht vor, dass der brasilianische oder ausländische Hersteller, Bauunternehmer oder Produzent sowie der Importeur¹⁹ für

Schäden haften, die dem Verbraucher aufgrund eines defekten Produkts verursacht werden. Hier geht es z.B. um einen Kühlschrank, der aufgrund eines defekten Kabels einen Brand beim Verbraucher verursacht. D.h., die Fälle der Produkthaftung unterscheiden sich von den Fällen der Mängel (*vícios*) des Produkts selbst, in denen der Verbraucher die Sache umtauschen, die Rückerstattung des Kaufpreises verlangen oder den Kaufpreis mindern kann (wie in Art. 18 f. geregelt).²⁰

Die Rechtsprechung kennt zahlreiche Beispiele der Produkthaftung: So musste der Hersteller einer Haarfarbe für eine durch die Anwendung seines Produktes hervorgerufene Allergie haften; dabei wird davon ausgegangen, dass die Eintretung der Allergie allein bereits den Schaden darstellt²¹. Ein Autohersteller musste dem Verbraucher Kosten erstatten, die

teile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br; zuletzt gesehen am 15.8.2006). S. auch die Haftung des Lieferanten, der nicht der Hersteller ist und für die Heranbringung eines Zubehörs an der verkauften Ware verantwortlich war: *Apelação Cível 20010111076290* vom 13.2.2006 des *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. In einem anderen Fall musste für eine defekte importierte Informatikware der brasilianische Hersteller haften: *Apelação Cível no Juizado Especial Nr. 2003.01.1.059933-5* vom 29.6.2005 des *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*.

¹⁷ Die Rechtsprechung willkommen heißend etwa *C. L. Marques/ A. H. V. Benjamin/ B. Miragem* (FN 4), S. 74.

¹⁸ Dazu *C. L. Marques/ A. H. V. Benjamin/ B. Miragem* (FN 4), S. 72 und 76.

¹⁹ S. auch die Haftungspflicht des Lieferanten für Handlungen ihrer Vertreter (Art. 34 CDC und z.B. *Apelação Cível no Juizado Especial Nr. 20040110883483* vom 10.6.2005 des *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Ur-

²⁰ Im Schrifttum vgl. etwa *O. Novais Carneiro Queiroz*, Da responsabilidade por vício do produto e do serviço, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 1998.

²¹ *Apelação Cível Nr. 20010110598297* vom 7.3.2005, *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (zuletzt gesehen am 15.8.2006).

aufgrund mehrerer Pannen eines neu gekauften Autos entstanden sind; hier musste auch Schmerzesgeld für immaterielle Schäden (Angstgefühle) gezahlt werden, weil die Pannen teilweise in gefährlichen, leeren Landstraßen stattfanden.²² Hersteller von Antibabypillen hafteten in mehreren Fällen ungewollter Schwangerschaft, wenn die zum Verkauf angebotenen Pillen defekt, also inaktiv, waren.²³

Ein defektes Produkt liegt vor, wenn die zu erwartende Sicherheit, also unter Einbeziehung auch zu erwartender Risiken, nicht gewährleistet ist (Art. 12, § 1 CDC). Diese Regel entspricht der Verpflichtung des Lieferanten, sachgemäß über das auf den Markt gebrachte Produkt und eventuelle Risiken zu informieren (Art. 8 f. CDC). Deswegen kann ein Defekt vorliegen, wenn das Produkt zwar nicht mangelhaft ist, der Lieferant aber über Benutzung und Risiken des Produkts nicht oder nur unzureichend hingewiesen hat. Daher hat der Hersteller einer Tomatenmarkdose für Verletzungen am Verbraucher einzustehen, wenn die Dose ohne Informationen über die richtige Art und Weise des Öffnens vertrieben

wird und der Verbraucher sich verletzt.²⁴

2. Elemente der Haftung:

Für die Haftung bedarf es dreier Elemente: Defekt, Schaden und Kausalzusammenhang. Die Haftung ist verschuldensunabhängig²⁵: Der Lieferant haftet nur dann nicht, wenn er das Fehlen des Kausalzusammenhangs beweist. Kann er beweisen (Art. 12, § 3, CDC): a) dass er das Produkt nicht auf den Markt gebracht hat; oder b) dass der Defekt nicht vorhanden ist oder c) dass der Verbraucher allein oder ein Dritter allein den Schaden zu vertreten hat, so haftet er nicht. So wird z.B. in Fällen von ungewollter Schwangerschaft eine Haftung des Lieferanten verneint, wenn die Schwangerschaft bereits vor Nutzung des Produkts vorhanden war (Schaden nicht durch defektes Produkt entstanden)²⁶. In einem Fall über den Konsum von Tabak war nach Auffassung des Gerichts der Verbraucher allein für den Eintritt des Lungenkrebs verantwortlich, weil er bewusst und gewollt den Tabakkonsum fortgesetzt hat, ob-

²² Apelação Cível no Juizado Especial Nr. 20050110133320 vom 7.12.2005, *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (zuletzt gesehen am 15.8.2006).

²³ S. z.B. Apelação Cível Nr. 19980310070633 vom 5.8.2002, *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (zuletzt gesehen am 15.8.2006).

²⁴ *Superior Tribunal de Justiça*, REsp 237964/SP vom 16.12.2006, zit. in *C. L. Marques/A. H. V. Benjamin/B. Miragem* (FN 4), S. 231.

²⁵ Vor dem Inkrafttreten des Verbraucherschutzgesetzes waren die Regeln des Zivilgesetzbuches von 1916/1917, die ein Verschulden des Lieferanten voraussetzten, anwendbar; vgl. dazu *S. L. Ferreira da Rocha* (FN 3), S. 55 f.. S. auch *C. A. Bittar* (FN 3), S. 71 f.

²⁶ Apelação Cível 1990110522847 vom 20.6.2005 des *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (zuletzt gesehen am 15.8.2006).

wohl ihm die potentiellen Schäden bewusst waren.²⁷

Der Schaden kann Vermögensschaden oder auch immaterieller Natur sein. Dieser muss nach brasilianischem Recht²⁸ und insoweit nach allgemeiner Ansicht in Lehre²⁹ und Rechtsprechung³⁰ entschädigt werden, durchaus kumulativ mit einem Vermögensschaden, soweit Persönlichkeitsrechte verletzt sind (Name, Bild, Ehre, körperliche Unversehrtheit usw.)³¹. Allerdings wird in zahlreichen Fällen betont, dass das Schmerzesgeld nicht zur ungerechtfertigten Bereicherung führen

²⁷ S. *Apelação Cível* 19990110487889 vom 20.6.2002, *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (letzter Zugang am 15.8.2006).

²⁸ Die Entschädigung der immateriellen Schäden ist im Zivilgesetzbuch (Art. 186) und für bestimmte Fälle auch in der Verfassung (Art. 5, inc. V und X) vorgesehen.

²⁹ In der Lehre vgl. statt aller *W. de Barros Monteiro*, *Curso de direito civil – direito das obrigações*, segunda parte, Bd. 5, 34. Aufl., São Paulo: Saraiva, 2003, S. 480 ff. und *S. de Salvo Venosa*, *Direito civil – responsabilidade civil*, Bd. 4, 4. Aufl., São Paulo: Atlas, 2004, S. 39 f.

³⁰ In der Rechtsprechung s. statt aller die *Súmula 37* des *Superior Tribunal de Justiça*: “As indenizações por dano moral e por dano patrimonial são cumuláveis, ainda quando oriundas do mesmo fato”.

³¹ In einem vom *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios* entschiedenen Fall mussten sowohl Vermögensschaden als auch immaterieller Schaden entschädigt werden, die kumulativ einer Verbraucherin durch einen defekten Schrank verursacht wurden. Der Schrank ist umgefallen und hat dabei das Gesicht der Verbraucherin (immaterieller Schaden) verletzt; aufgrund des Unfalls sei darüber hinaus die Sehkraft der Verbraucherin beeinträchtigt. *Apelação Cível no Juizado Especial* Nr. 2005.09.1.008901-0 vom 6.12.2005. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (letzter Zugang am 15.8.2006).

darf³², und dass eine „Industrie des Schmerzesgeldes“ vermieden werden soll.³³

3. Haftung des Händlers:

Die Haftung des Händlers wird in Art. 13 CDC geregelt. Danach haftet er nur subsidiär, d.h.

a) wenn der Hersteller, Bauunternehmer, Produzent oder Importeur nicht identifiziert werden können;

b) wenn das Produkt ohne klare Informationen über Hersteller, Produzent (Anbauer), Bauunternehmer oder Importeur vertrieben wurde;³⁴

c) wenn er das Produkt nicht sachgemäß aufbewahrt hat.

Hier ist anzumerken, dass Hersteller und Produzenten vom Anfang an als Gesamtschuldner (Art. 25, § 2, CDC) und verschuldensunabhängig haften, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Defekte überwiegend in der Produktion entstehen. Sobald aber die Aufbewahrung unsachgemäß war, dann zählt nach Art. 13 I CDC auch der Händler zu den in

³² S. z.B. *Apelação Cível no Juizado Especial* Nr. 20050110935875 vom 31.5.2006 des *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (zuletzt gesehen am 15.8.2006).

³³ *Apelação Cível no Juizado Especial* vom 24.5.2006 des *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Alle Urteile des Gerichts können im Internet eingesehen werden unter: www.tjdft.gov.br (zuletzt gesehen am 15.8.2006).

³⁴ S. die bereits angesprochene Informationspflicht des Lieferanten, die in Art. 8 f. CDC vorgesehen sind.

Art. 12 I CDC genannten Lieferanten, weil man hier davon ausgehen kann, dass der Defekt in der Aufbewahrung entstanden sein könnte.

4. Schadensopfer:

Bemerkenswert ist, dass die brasilianische Gesetzgebung alle als Opfer vom Schaden betroffenen Dritten zu Zwecken der Produkthaftung mit dem Verbraucher gleichstellt, auch wenn sie nicht selbst am Rechtsverhältnis beteiligt waren. So bestimmt es Art. 17 CDC. Diese Regelung reflektiert den Willen des Gesetzgebers, einen möglichst umfassenden Schutz für den Verbraucher zu gewährleisten. Auch Art. 2 II CDC sieht vor, dass jeder, der am Verbraucherverhältnis beteiligt war, mit dem Verbraucher gleichzusetzen ist.

Auch die richterliche Auslegung ist in diesem Bereich weitgehend. So sind Opfer einer durch die Produktion einer Fabrik verursachten Umweltverschmutzung zu Zwecken der Entschädigung mit Verbrauchern der dort hergestellten Produkte gleichgestellt worden.³⁵ So wurde auch ein Pilot, der mit seinem privaten Flugzeug Agrochemikalien über einen Acker gespritzt hat und selbst vergiftet wurde mit dem Bauer, also dem ursprünglichen Verbraucher, gleichgesetzt worden.³⁶

³⁵Rechtsprechung des Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; zit. in *C. L. Marques/A. H. V. Benjamin/B. Miragem* (FN 4), S. 278.

³⁶Entscheidung des Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; zit. in *C. L. Marques/A. H. V. Benjamin/B. Miragem* (FN 4), S. 74.

5. Fristen:

Letztlich sei erwähnt, dass nach Art. CDC die Frist, eine Entschädigung im Rahmen der Produkthaftung einzuklagen, 5 Jahre beträgt. Diese Frist ist länger, als die im *Código Civil* für nicht Verbraucherverhältnisse vorgesehene, dreijährige Frist.\\

Perícia Múltipla Ambiental – Premissas Relevantes* (1ª parte)

Bruno Campos Silva**

“O direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro” (citação feita pelo Prof. Rosemiro Pereira Leal, em sua obra *Teoria geral do processo – primeiros estudos*, p. 10, referindo-se ao insigne Prof. Luiz Fernando Coelho).

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A prova pericial no Código de Processo Civil Brasileiro – análise perfunctória – (Não)-Aplicação subsidiária do preceito inserto no art. 335, do CPC ao processo civil ambiental 3. A prova pericial em matéria ambiental: sua necessária multiplicidade 4. A responsabilidade civil por danos ambientais: aspectos relativos à questão da solidariedade (multiplicidade de

agentes), à perícia múltipla ambiental e à mensuração dos danos ambientais 5. Caso fortuito, força maior e fato de terceiro: excludentes da responsabilidade civil ambiental? 6. Conclusões articuladas 7. Referência bibliográfica.

1. Introdução

O presente trabalho versa sobre aspectos relevantes da perícia múltipla a ser realizada, quando da efetiva presença de um dano ambiental, cuja finalidade primordial é de mensurar porções qualitativas e quantitativas relacionadas aos respectivos abalos ambientais, logicamente sem querer esgotar o tema, por ser o mesmo dotado de grande complexidade.

Num primeiro momento, lançaremos mão de uma análise perfunctória da perícia como meio de prova, previsto no âmbito do Código de Processo Civil Brasileiro.

Em seguida, discorreremos sobre a importância da realização da prova pericial na seara ambiental e seus múltiplos aspectos disciplinares, dada toda a complexidade que permeia o dano ambiental.

Realizaremos, também, *grosso modo*, inserção no âmbito da re-

*Dedico o presente estudo à acatada jurista Profa. Dra. Helita Barreira Custódio, cujo constante e certo apoio fez com que viesse a lume estes singelos escritos.

** Bruno Campos Silva atua como advogado ambientalista associado a Pinheiro Pedro Advogados, São Paulo / Brasil. Artigo inserto no livro “Direito Ambiental – Visto por Nós Advogados”. SILVA, Bruno Campos (Coordenador). Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2005; na Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, 22, BH: Editora Fórum, 2005 e na Revista Jurídica do UNIARAXÁ, Centro Universitário do Planalto de Araxá – Instituto de Ciências Exatas e Humanas, ano 9, n. 9, Araxá, Minas Gerais: Fundação Cultural de Araxá, 2006.

sponsabilidade civil ambiental, envolvendo os elementos configuradores (principalmente em se tratando do nexo de causalidade), as teorias correlatas e a possibilidade de incidência de excludentes (*verbi gratia*, caso fortuito, força maior e fato de terceiro).

Na realidade, fomos estimulados a empreender tais reflexões, por meio de gratificantes e enriquecedoras conversas com a insigne Profa. Dra. Helita Barreira Custódio (por sinal, estimamos muitíssimo!) que, inclusive, forneceu-nos subsídios essenciais ao desenvolvimento deste trabalho. Muito obrigado!

2. A prova pericial no Código de Processo Civil Brasileiro – análise perfunctória – (Não)-Aplicação subsidiária do preceito inserto no art. 335, do CPC ao processo civil ambiental

Dentro do arcabouço legislativo processual civil brasileiro, podemos destacar preceitos normativos direcionados às questões relativas ao meio de produção de prova pericial.

Na verdade, dentro do processo de conhecimento (cognição), existe todo um texto estruturante relacionado ao precitado “meio” de prova.

Podemos encontrar tais preceitos insertos em alguns artigos do referido *codex*, quais sejam: art. 420 e seguintes.

Nesse passo, e dentro de uma visão sistemática, pode-se compreender a

aplicação subsidiária dos preceitos relacionados à prova pericial ao campo do Direito Processual Civil Ambiental (ação civil pública ambiental, ação popular ambiental, *v.g.*).

Antes mesmo de se empreender a incidência subsidiária dos preceitos relacionados à prova pericial albergados no Código de Processo Civil Brasileiro ao Direito Processual Civil Ambiental, faz-se necessária apurada e relevante análise aos preceitos insertos no texto constitucional, relacionados ao contraditório e ao amplo e efetivo direito de se defender em Juízo, vez que a própria CF/88 oferece meios para tal desiderato.

Segundo o ilustre Prof. Rosemiro Pereira Leal: “(...) Provar em Direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova. A exemplificar, a perícia é um meio de prova para o exame de elementos de prova com a elaboração final do laudo, que é instrumento de prova. Ao exercício da atividade pericial, exigem-se conhecimentos especializados e autorizados em lei. Quando se fala ‘requerer perícia’, emprega-se um tropo de linguagem (sinédoque-metonímia), tornando-se uma etapa de investigação probatória (meio intelectual-legal) pelas demais fases periciais de indicação do elemento da prova e da elaboração do instrumento da prova. Muitos falam impropriamente que laudo é meio de prova”.¹

¹ “A prova na teoria do processo contemporâneo”. In: FIUZA, César Augusto de Castro; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Te-*

E, ainda, pondera o precitado jurista: “A obtenção do instrumento de prova por meios ilegais (assinatura sob coação) ou livre indicação expressa dos meios, como está no artigo 131 do CPC vigente, é exemplo de inobservância dos critérios técnico-jurídicos na produção da prova e que implicam invalidade do ato probatório. Parece-nos equivocado ensinar que o objeto da prova é o ‘fato narrado na ação ou na defesa’, porque o objeto do instituto da prova é a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (art. 93, incs. IX e X, CR/88) do provimento (ato decisório), não sendo, portanto, o ‘fato’ que, como vimos, é tão-somente elemento de prova. Também, por igual argumento, o destinatário da prova não é o juiz, mas o juízo (órgão jurisdicional estatal) a quem cabe valorizá-la em nome da valoração. O direito probatório está a exigir urgente ressemantização teórica na atualidade, porquanto, por estudos antanhos, ainda se cinge a taxionomias de gosto pessoal”.²

De fato, os preceitos insertos no Código de Processo Civil Brasileiro (sem se esquecer do caráter individualista herdado do liberalismo impregnado em tal legislação processual) atinentes ao “meio” (prova pericial) não atendem, em sua plenitude, às exigências postas ao Direito Ambiental Brasileiro, tendo em vista sua natureza difusa.

Eis a perfeita crítica lançada pelos ilustres Profs. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Este, com efeito, é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Em que pese o fato de estar munido, o direito nacional, de suficientes instrumentos para a tutela dos direitos coletivos, o despreparo do legislador e do aplicador do direito para o trato com estes novos e poderosos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em um ente teratológico que flutua no limbo. As demonstrações desta crise são evidentes, e se mostram em todos os jornais, quando se vê o tratamento dispensado às ações coletivas no direito brasileiro. Para impedir o prosseguimento desta visão míope da figura, bem como para permitir a adequada aplicação do instituto, é necessário não se afastar do norte fundamental: os direitos coletivos não se confundem com o direito individual e o direito individual em massa (embora individual) *exige* uma tutela coletiva”.³

Nesse passo, além da aplicação subsidiária do CPC à legislação processual civil ambiental vigente, faz-se necessária ampla interpretação e aplicação dos regramentos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ambos corolários do “devido processo constitucional” (*ex vi* do art. 5º, LV, da CF/88), vez que, em consonância ao Estado Democrático de Direito, os preceitos dimanados do texto constitucional deverão ser analisados e, efeti-

mas atuais de direito processual civil. Minas Gerais: Del Rey, 2001, p. 350.

² Idem, *ibidem*, p. 350-351.

³ *Manual do processo de conhecimento*. SP: RT, 2001, p. 681.

vamente aplicados em toda sua extensão e profundidade.

A sistemática processual civil vigente aponta para inúmeros aspectos inerentes ao “meio de prova” ora analisado.

Em relação ao “instrumento” resultante deste “meio de prova”, ou seja, o “laudo pericial”, tem-se que o mesmo passa a ser qualificado como sendo o retrato fiel da análise técnica e científica do *expert* que o elabora, dirigindo-o ao Juízo para sua apreciação (valorização e valoração) adequada.

A prova pericial judicial, para assim poder ser designada, deverá seguir os preceitos enumerados no texto de lei correspondente. Na verdade, a não-observância de tais preceitos emanados do CPC, deixa de qualificá-la “prova pericial judicial”, já que, em determinados casos, trata-se de perícia encomendada por alguém que reclama necessidade de apurada análise técnica e científica sobre alguns elementos (coisas, fatos, pessoas), objetos de determinada controvérsia.

Eis o posicionamento do insigne Prof. Marcelo Abelha Rodrigues: “Prova pericial e perícia são conceitos simbióticos, mas não possuem o mesmo significado: enquanto toda prova pericial advém de uma perícia, nem toda perícia será prova judiciária. Assim, só é prova pericial a resultante de perícia judicial, cujo perito tenha sido escolhido pelo juízo. Perícias extrajudiciais, encomendadas pelas partes, cujo resultado tenha sido ane-

xado ao processo, não têm o mesmo relevo que as perícias judiciais, constituindo apenas *pareceres*, dando-lhes o juiz a ‘credibilidade que merecem’”.⁴

O CPC traz em sua estrutura, *argumentum ex art.* 420, algumas espécies relacionadas ao “meio” (prova pericial), quais sejam: exame, vistoria, avaliação e arbitramento.

Consoante posicionamento do ilustre Prof. João Batista Lopes: “Quatro são as espécies de perícias: exame, vistoria, avaliação e arbitramento.

Exame é a espécie de perícia que recai sobre coisas ou pessoas com a finalidade de verificação de fatos ou circunstâncias de interesse da causa.

Numa ação de investigação de paternidade, por exemplo, poderá o juiz submeter o indigitado pai ao exame de DNA; numa ação de acidente de trabalho, será de rigor o exame pericial para apuração do grau de incapacidade do obreiro e do déficit funcional.

Vistoria é a inspeção realizada sobre imóveis para constatação de circunstâncias relevantes para o desate da causa.

Assim, por exemplo, na ação de indenização intentada pelo locador em face do locatário, poderá ser determinada a constatação e a natureza dos danos sofridos pelo imóvel, podendo o autor, se houver risco de desaparecimento dos vestígios, valer-se da chamada vistoria *ad perpetuam rei memoriam* (ação cautelar específica).

⁴ *Elementos de direito processual civil*. SP: RT, 2000, vol. 2, p. 231-232.

Avaliação é a fixação ou estimação do valor de mercado de coisas móveis ou imóveis, direitos e obrigações em processos de execução (avaliação dos bens penhorados) em inventários.

Arbitramento é a estimação do valor de coisas ou direitos confiada a técnico ou pessoa especializada quando não for possível sua avaliação com base em dados objetivos do mercado”.⁵

Com precisão, citando Echandia, aduz o ilustre Prof. Rosemiro Pereira Leal: “Foi Echandia que mais estudou a *prova* em seus contornos taxionômicos, examinando-a de ângulos diversos, segundo objeto, forma, estrutura, função e outros múltiplos aspectos, como categoria, função, sujeito, utilidade, oportunidade, licitude. Falaremos dos principais. Quanto ao *objeto*, referiu-se a *provas diretas* (testemunho ocular); *provas indiretas* (laudo pericial); *provas principais* (inspeção judicial); *provas secundárias* (testemunha auditiva). Quanto à *forma*, mencionou as *escritas* (documento, laudo pericial); *orais* (testemunhas, confissão em audiência). Quanto à *estrutura*, *pessoais* (prova testemunhal, de parecer técnico) e *materiais* (mapa, fotografia, arma, objeto físico). Quanto à *função* histórica (fato ocorrido no passado) e *lógica* (presunção, indício, representatividade)”.⁶

⁵ *A prova no direito processual civil*. SP: RT, 2000, p. 120-121.

⁶ ECHANDIA, Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1970, p. 51 e ss. *Apud* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. 5ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 179.

E arremata com peculiar posicionamento, inclusive, fazendo alusão a Friedrich Müller: “É mítica a assertiva de que a prova revela a verdade como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato e vice-versa. Afigura-se paradoxo incontornável falar em livre convencimento do juiz na apreciação da prova e persuasão racional como critério de convicção, porque a ‘*ratio*’ nas democracias não é dos leitores da prova, mas das categorias lógicas do discurso legal popular. A fonte da razão já está no povo real⁷ e não mais nos iluminados circuitos cerebrais do decisor”.⁸

Em específico ao preceito inserto no art. 335,⁹ do CPC, far-se-á uma breve análise crítica quanto a sua (não)-aplicação subsidiária ao processo civil ambiental.

Inúmeros grandes doutrinadores entendem ser possível a aplicação da regra contida no precitado artigo, ou seja, as denominadas “*máximas de experiência*” do magistrado, não como meio de prova, mas como elemento auxiliar e subsidiário de todos os meios de prova, na busca da verdade real.¹⁰

⁷ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 105. *Apud* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. 5ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 183.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. 5ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 183.

⁹ “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

¹⁰ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 63.

Em que pesem as doudas opiniões, entendemos de forma diversificada, eis que a aplicação de tal regra conspurca o Estado Democrático de Direito.

Senão vejamos.

“Experiência é o nome que todos damos a nossos erros” (Oscar Wilde), e segundo o filósofo da ciência Karl Popper, “(...), de um ponto de vista lógico, haver justificativas no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa: independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que *todos* os cisnes são brancos”.¹¹

Desse modo, o juiz ao utilizar determinada regra de experiência, com certeza, estará partindo de um enunciado singular e não de um enunciado universal. E, é esse subjetivismo que afronta qualquer proposta científica e o texto constitucional, s.m.j.

Não podemos dilargar poderes! rangando o texto constitucional.

Karl Popper assim delimitou: “O problema da indução também pode ser apresentado como a indagação acerca da validade ou verdade de enunciados universais que encontrem base na experiência, tais como as hipóteses e os sistemas teóricos das ciências empíricas. Muitas pes-

soas acreditam, com efeito, que a verdade desses enunciados universais é “*conhecida através da experiência*”; contudo, está claro que a descrição de uma experiência – de uma observação ou do resultado de um experimento – só pode ser um enunciado singular e não um enunciado universal. Nesses termos, as pessoas que dizem que é com base na experiência que conhecemos a verdade de um enunciado universal querem normalmente dizer que a verdade desse enunciado universal pode, de uma forma ou de outra, reduzir-se à verdade de enunciados singulares e que, por experiência, sabe-se serem estes verdadeiros. Equivale isso a dizer que o enunciado universal baseia-se em inferência indutiva. Assim, indagar se há leis naturais sabidamente verdadeiras é apenas outra forma de indagar se as inferências indutivas se justificam logicamente”.¹²

Assim, temos que o preceito albergado no art. 335, do CPC, deverá ser direcionado ao processo civil de caráter individualista, tal qual colocado no Código de Processo Civil de 1973 (se é que possa assim ser aplicado, consoante entendimento acima), e não ao processo civil ambiental, eis que nesse campo do conhecimento a resolução das inúmeras problemáticas ambientais deverá transcender ao individualismo impregnado no mencionado *codex*.

Entendemos que, somente em situações emergenciais, onde o dano possa se tornar irreparável, diante da incerteza e da volatilidade da

¹¹ *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Editora Cultrix, 1999, p. 27-28.

¹² Idem, *ibidem*, p. 28.

prova ambiental em determinadas circunstâncias, é que o juiz poderá lançar mão de certas regras (*recitius*: indícios) - logicamente, em consonância aos preceitos constitucionais -.

De acordo com a ilustre Profa. Luciane Gonçalves Tessler: “Na ação inibitória o pedido consistirá na emanção de uma ordem ao demandado, para que cumpra uma obrigação de um fazer ou de um não fazer, sob pena de sofrer alguma medida coercitiva. A causa de pedir consiste na probabilidade de violação do direito: ameaça de lesão. Todavia, como dificilmente conseguir-se-á produzir a prova direta desta probabilidade de ilícito, há que se admitir outras formas de se chegar à prova deste fato. A alternativa é a prova indireta, produzida por meio de indícios”.¹³

3. A prova pericial em matéria ambiental: sua necessária multiplicidade

A produção de prova pericial voltada à área ambiental afigura-se de suma importância ao diagnóstico do trauma causado ao meio ambiente, entretanto, para uma eficaz análise, imprescindível a conjugação de várias áreas do conhecimento, por meio de conhecimentos técnicos e científicos que elucidarão de forma correta a problemática ambiental instalada.

¹³ *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004, p. 314.

Consabido que o dano ambiental é dotado de certa complexidade que, às vezes, exige compreensão de outras áreas inter-relacionadas com o Direito Ambiental Brasileiro (v.g., engenharia química, agronomia, geologia, geografia, recursos hídricos, engenharia florestal, dentre outras não menos importantes à resolução da problemática ambiental).

Eis o entendimento do ilustre Prof. Carlos Alberto de Salles: “(...) ações em matéria ambiental, em especial, envolvem custos elevados. O meio ambiente está relacionado a problemas de elevada complexidade, cuja formalização em um processo judicial envolve elevado grau de sofisticação. A defesa judicial do meio ambiente implica questões 1) de conhecimento técnico e científico, 2) de informação imperfeita, 3) de risco substancial, 4) de partes numerosas, 5) de múltiplas possíveis alternativas, 6) de pluralidade de centros de decisão e 7) de oportunidades para efeitos de natureza distributiva”.¹⁴

Sem querer entrar em circunstâncias alheias ao estudo jurídico-científico aqui entabulado, podemos afirmar com convicção que, para uma melhor compreensão do dano ambiental, mister sua imprescindível dosagem por meio de uma equipe multidisciplinar.

De acordo com Filippe Augusto Vieira de Andrade e Maria Aparecida Alves Villar Gulin: “Inobstante o regramento ora mencionado, que aparentemente reconhece

¹⁴ *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998, p. 127.

a figura de apenas um expert judicial, a pluralidade de peritos está textualmente prevista na Lei Adjetiva Civil, *ex vi* dos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 145; do art. 441 (inspeção judicial) e do § 3º, do art. 842 (acompanhamento de busca e apreensão de pessoas ou coisas atinentes a direito autoral).

Assim, partindo-se dos singelos pressupostos enunciados, pode-se concluir não haver *a priori* óbices legais às decisões que viabilizam a atuação múltipla de jurisperitos, máxime porquanto em absoluta consonância com os arts. 145, 146 e 421, do Código de Processo Civil, que mencionam a figura do perito, e não de um perito. No mais, configurada situação a exigir perícia, a judicial e preliminar aferição sobre a necessidade de fazer atuar mais de um ramo técnico ou científico estaria embasada na regra plasmada no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre o qual a emérita Maria Helena Diniz proclama: ‘*Ao se interpretar a norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir*’¹⁵.

Cumpramos colacionarmos posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,¹⁶ ao

analisar questão relacionada à necessidade de realização da perícia múltipla em problemáticas ambientais, na apuração do dano ambiental.

Em relação à complexidade inerente ao dano ambiental, cabe trazer lição da jurista Profa. Helita Barreira Custódio: “Diante da complexidade e da conseqüente dificuldade para avaliação de custos ambientais *em cada ação jurídica de lesão ao meio ambiente*, com específica matéria de fato, para melhor compreensão sobre os valores básicos integrantes e suscetíveis de ressarcimento, tornaram-se indispensáveis breves observações sobre os *recursos naturais e os bens culturais* integrantes do meio ambiente, cuja degradação impõe, pelas expressas normas constitucionais, legais e regulamentares vigentes, a reparação das perdas e dos danos, além dos lucros cessantes, de acordo com as particularidades de cada caso concreto”.¹⁷

A explicação é a seguinte: na perspectiva de um grave dano ambiental há várias porções a serem apartadas e analisadas de forma efetiva, cada qual fazendo incidir o conhecimento técnico e científico desejável.

¹⁵ “Perícia multidisciplinar no direito ambiental”. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 98-99.

¹⁶ PROVA – Perícia múltipla – Questão que envolve diversos ramos do conhecimento – Nomeação de um perito para cada um deles que não é vedada pela lei – Alto custo que não deve servir de fundamentação para sacrificar a boa instrução – Inteligência do art. 421 do CPC.

Em questões que envolvem diversos ramos do conhecimento é correta a nomeação de um perito para cada um deles, inclusive porque isso não é vedado pelo art. 421 do CPC. Não teria sentido a nomeação de um pe-

rito único para que ele contratasse outros especialistas, pois essa investitura é *intuitu personae*. Pouco importa que tal orientação torne dispendiosa a demanda, pois não é por economia que se poderá sacrificar boa instrução do feito. E a ação é muito complexa, naturalmente, seu custo será elevado. (AI 123.980-1 – 7ª C. – j. 28.3.90 – rel. Des. Sousa Lima)

¹⁷ “Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente”, in *RT* 652/90, p. 16.

Assim, por exemplo, um dano ambiental ocasionado por derramamento de produto químico em determinado solo, atingindo lençol freático, o rio ali existente e o entorno da localidade.

Cada localidade atingida (porção – qualitativa e quantitativa) deverá ser apartada e analisada pelo respectivo *expert* da área do conhecimento, tendo em vista a complexidade do trauma ambiental e, levando-se em conta a oportunidade de repriminção do meio ambiente ao *status quo ante*.

É sabido que a realização da prova pericial ambiental, às vezes, não satisfaz seu real desiderato, implicando num completo desprezo aos princípios insertos no texto constitucional, s.m.j.

Já manifestamos em outra oportunidade: “O que, em certo aspecto, vem criando obstáculos à efetividade processual ambiental, consubstancia-se no custeio de tais provas (v.g., a prova pericial), que, na maioria das vezes, acaba por inviabilizar a pretensão final. Portanto, é de suma importância, um efetivo aparelhamento dos órgãos legitimados à tutela do meio ambiente”.¹⁸

Sabemos que a realização da prova pericial é muito importante ao entendimento e mensuração de determinado dano ambiental, não podendo olvidar de seu caráter científico e técnico.

Infelizmente, pode-se depreender, por meio de detida análise de v. acórdão emanado do Egrégio STF¹⁹ que a matéria ambiental (principalmente aquela afeita à dignidade da pessoa humana – *ex vi* do art. 1º, III, da CF/88; e à saúde pública – *ex vi* dos arts. 6º; 23, IX; 24, XII; 196 e ss, da CF/88) está deixando de ser “critériosamente analisada com fundamentação adequada” em total descompasso com os preceitos constitucionais, com o devido respeito.

Eis as colocações do ilustre Prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo: “(...) Por conta dessa visão, devemos compreender o que seja *essencial*, adotando um padrão mínimo de interpretação ao art. 225 em face dos dizeres do art. 1º, combinado com o art. 6º da Constituição Federal, que fixa o *piso vital mínimo*. Com efeito, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana, e, para que uma pessoa tenha a tutela mínima de direitos constitucionais adaptada ao direito ambiental, deve possuir uma vida não só sob o ponto de vista fisiológico, mas sobretudo concebida por valores outros, como os culturais, que são fundamentais para que ela possa sobreviver, em conformidade com a nossa estrutura constitucional. E é exatamente por conta dessa visão que apontamos o critério de dignidade da pessoa humana, dentro de uma visão adaptada ao direito

¹⁸ SILVA, Bruno Campos (Org.). “As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental. Tutelas antecipada e cautelar”. *Direito Ambiental – Enfoques Variados*. SP: Lemos & Cruz, 2004, p. 304.

¹⁹ Ver v. Acórdão proferido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.396-9 proposta pelo Governador do Estado de Goiás que teve como relatora a ilustre Ministra Ellen Gracie, em 08/05/2003, DJU 01.08.2003.

ambiental, preenchendo o seu conteúdo com a aplicação dos preceitos básicos descritos no art. 6º da Constituição Federal”.²⁰

E, ainda: “Além disso, quando se fala em dignidade da pessoa humana e tutela do direito à vida, além do aspecto fisiológico anteriormente referido, obviamente, tem de se levar em consideração a possibilidade do desfrute, por toda e qualquer pessoa, do direito à educação, a saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança e aos demais preceitos dispostos no art. 6º”.²¹

Arremata da seguinte maneira: “O bem ambiental, fundamental, como declara a Carta Constitucional, e porquanto vinculado a aspectos de evidente importância à vida, merece tutela tanto do *Poder Público* como de *toda a coletividade*, tutela essa consistente num *dever*, e não somente em mera norma moral de conduta. E, ao referir-se à coletividade e ao Poder Público, leva-nos a concluir que a proteção dos valores ambientais estrutura tanto a sociedade, do ponto de vista de suas instituições, quanto se adapta às regras mais tradicionais das organizações humanas, como as associações civis, os partidos políticos e os sindicatos”.²²

A aludida decisão proferida pelo STF em sede de julgamento da medida liminar no bojo de uma ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.396-9), visando suspender

a eficácia da Lei n. 2.210, de 5 de janeiro de 2001, do Estado do Mato Grosso do Sul, rendeu comentários de grandes juristas da área do Direito Ambiental Brasileiro (Prof. Paulo Affonso Leme Machado, Profa. Helita Barreira Custódio, dentre outros).²³

Em decisão definitiva (deslinde meritório da precitada demanda), em 08.05.2003, o Colendo Supremo Tribunal Federal abarcou a questão referente à competência concorrente e suplementar dos Estados, mantendo, ao que parece, a justificativa da necessidade econômica para o desenvolvimento da região do Estado de Goiás. E a saúde pública? Em que pese o respeito que temos pelos nobres julgadores do STF, não podemos deixar de consignar aspectos de suma importância e de relevante gravidade.

E, em se tratando, de bem difuso, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (*argumentum ex art. 225, caput*, da CF/88), “o meio ambiente e nele incluído a saúde de todo ser humano”, é que endossamos o posicionamento do Prof. Paulo Affonso Leme Machado, no sentido de que, cabe aos Estados, dentro de seu poder suplementar, mesmo que de forma

²⁰ *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

²¹ *Idem*, ibidem, p. 14.

²² *Idem*, ibidem, p. 14.

²³ Ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. Federalismo. Amianto e Meio Ambiente. *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. II – n. 9, p. 169-177 – out./dez. 2003. Artigo gentilmente cedido pelo ilustre autor para integrar o livro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/MG, “Direito Ambiental – Visto por Nós Advogados”. SILVA, Bruno Campos (Coordenador). BH: Del Rey, 2005; CUSTÓDIO, Helita Barreira. Agrotóxicos e problemática jurídico-sanitário-ambiental. *Revista de Direito Ambiental* v. 8/139, Ed. RT-SP, 1997. Artigo gentilmente cedido pela ilustre autora.

mais restritiva,²⁴ suprir e/ou corrigir os vazios ou lacunas da legislação federal, na parte em que essa estiver incompleta.²⁵

Eis o entendimento da jurista Profa. Helita Barreira Custódio: “Competência suplementar das Unidades da Federação. Trata-se de competência de Unidades Federadas para legislar sobre questões específicas não previstas nas normas gerais, dentre outras, ambientais, alimentares, sanitárias, para o preenchimento dos vazios das normas existentes, de forma acessória e compatível com as respectivas peculiaridades, observadas as normas gerais de competência privativa e concorrente da União ou do Estado, de acordo com as circunstâncias de cada caso (CF: competência suplementar: dos Estados, arts. 22, parágrafo único, 24, § 2º, 25, § 1º; do Distrito Federal, art. 32, § 1º, c/c arts. 22, parágrafo único, 30, II; dos Municípios, art. 30, II). No campo da competência suplementar, as disposições de natureza mais restritiva prevalecem, sempre, para atender às peculiaridades estaduais, distritais ou municipais, de forma evidentemente compatível tanto com o princípio da autonomia independente e harmônica das Unidades da Federação

²⁴ Esse, também, o entendimento da Profa. Helita Barreira Custódio. Agrotóxicos e problemática jurídico-sanitário-ambiental. *Revista de Direito Ambiental* v. 8/139, Ed. RT-SP, 1997; ver, em sentido contrário, ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7ª ed. RJ: Lumen Juris, 2004, p. 765-766.

²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Federalismo. Ambiente e Meio Ambiente. *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. II – n. 9, p. 169-177 – out./dez. 2003. Artigo gentilmente cedido pelo ilustre autor para integrar o livro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/MG, “Direito Ambiental – Visto por Nós Advogados”. SILVA, Bruno Campos (Coordenador). BH: Del Rey, 2005.

como os objetivos protecionais da Constituição Federal, do Direito Sanitário, do Direito Ambiental e das normas gerais da lei federal de competência da União, tendo em vista o bem-estar de todos e o equilibrado desenvolvimento nacional”.²⁶

Aduz com peculiar posicionamento a precitada jurista: “Evidentemente, por força das normas constitucionais, o estado-membro, no exercício de sua competência constitucional para auto-organização, tem autonomia para legislar sobre a proteção, a defesa, a preservação, a conservação, a recuperação ou a melhoria do meio ambiente natural e cultural, podendo proibir determinadas atividades ou condutas, no sentido de atender às peculiaridades regionais, tanto no âmbito de todo o território estadual, como no âmbito das regiões metropolitanas, das aglomerações urbanas ou das microrregiões, diante de problemas e soluções ambientais de interesse comum de dois ou mais Municípios limítrofes do mesmo Estado (C., arts. 18, 25, §§ 1º, 3º)”.²⁷ (Grifamos)

De acordo com o ilustre Prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo: “(...) Dessa forma, podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um

²⁶ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Agrotóxicos e problemática jurídico-sanitário-ambiental. *Revista de Direito Ambiental* v. 8/139, Ed. RT-SP, 1997. Artigo gentilmente cedido pela ilustre autora.

²⁷ “Competência municipal e direito ambiental”. In: *Revista de Direito Civil*, 65, julho-setembro/1993, p. 89-90.

‘teto’ de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios jamais poderão legislar, de modo a oferecer menos proteção ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre, tão-só, fixar regras gerais.²⁸ (Grifamos)

E, mais: “Além disso, a competência concorrente dos Estados e supletiva dos Municípios revela-se importante, porquanto aqueles e estes, em especial estes, encontram-se *mais atentos e próximos* aos interesses e peculiaridades de uma determinada região, estando mais aptos a efetivar a proteção ambiental reclamada pelo Texto Constitucional. (...) Em linhas gerais, podemos concluir que a *competência legislativa* em matéria ambiental estará sempre *privilegiando a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente*, independentemente do ente político que a realize, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência (arts. 24, V, VI e VII, e 30, II)”.²⁹

Também, acompanhamos o entendimento do jurista Prof. Paulo Afonso Leme Machado ao discordar da posição da acatada Ministra Relatora, de que o Estado do Mato Grosso do Sul ao legislar de forma suplementar estaria a dispor “diametral objeção” à legislação federal; “de forma alguma, aliás, estaria sim, observando e cumprindo os preceitos constitucionais”.

²⁸ *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 62.

Nesse caso, a decisão do Egrégio STF parece ter relegado a oblióvio os pareceres científicos com as suas significativas validades e representatividades, s.m.j. Mesmo, em existindo dúvidas acerca da nocividade da substância (amianto/crisotila) à saúde do ser vivo, deveria ter sido aplicado o “princípio da precaução”, já que, ocorrendo a “incerteza científica”, o risco encontra-se presente.

Impende salientar que já existem estudos científicos realizados por competentes especialistas, atestando a nocividade da substância amianto/crisotila à saúde do ser humano.³⁰

Na realidade, estamos diante de “expressa burla” ao texto constitucional, contudo, não podemos permitir que a CF/88 seja relegada a um segundo plano ou que se faça “letra morta” em relação à aplicação de seus preceitos e princípios conformadores de um Estado Democrático de Direito Ambiental.

Além da mácula ao texto constitucional, como dito alhures, podemos vislumbrar afronta aos preceitos insertos no art. 295, parágrafo único, II, do CPC, bem como o disposto

³⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Federalismo. Amianto e Meio Ambiente. *B. Cient. ESPMU*, Brasília, a. II – n. 9, out./dez. 2003, p. 169. Artigo gentilmente cedido pelo ilustre autor para integrar o livro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/MG, “Direito Ambiental – Visto por Nós Advogados”, SILVA, Bruno Campos (Coordenador). BH: Del Rey, 2005; ver, também, artigo do Dr. Antônio Wanderley Martins, “Insalubridade, o labor prestado na indústria do asbesto e da proteção ao meio ambiente”, in *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Ed. Juruá, 2002, v. 3. Consultar o site da ABREA (Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto) – www.abrea.com.br.

nos arts. 4º e 9º, § 1º, ambos da Lei n. 9.868/99. Basta verificarmos a manifestação do ilustre Procurador-Geral da República e o voto da insigne Senhora Ministra Relatora. Seria, então, “caso de indeferimento da petição inicial por inépcia”, segundo nosso entendimento.

Em ambas as intervenções, os juristas que ali se debruçaram, fizeram “letra morta” do precitado artigo da legislação processual civil vigente, s.m.j.

Assim, segundo relato da ilustre Senhora Ministra Relatora, concluiu o Procurador-Geral da República: “(...) Prof. Geraldo Brindeiro, resaltou a não ocorrência de nenhuma das violações sustentadas pelo requerente, mas que, levando-se em conta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por fundamento diverso do que foi apontado na inicial, conclui ter o ato normativo em exame afrontado a competência legislativa da União para estabelecer regras gerais sobre a produção e consumo, proteção ao meio ambiente e controle da poluição e sobre a proteção e defesa da saúde.” E mais, “ao dispor sobre normas gerais ..., o legislador ordinário do Estado do Mato Grosso do Sul exacerbou a competência legislativa complementar que lhe fora atribuída por meio do parágrafo 2º do artigo 24 da Carta Magna, laborando, por via de consequência, em flagrante inconstitucionalidade formal.” (*sic*) (Grifamos)

Em que pese a insigne Senhora Ministra Relatora ter endossado de forma integral o parecer ministe-

rial, levando-se, ainda, em consideração o caráter geral das normas em questão, entendemos terem sido desconsiderados os princípios fundamentais do texto constitucional (v.g., art. 1º, da CF/88) e aqueles atinentes ao meio ambiente, *permissa venia*.

No caso *sub examine*, com a devida vênia, não se tratam de normas gerais como afirmado no conteúdo do v. acórdão, e sim, de normas excepcionais (especiais) em total consonância aos princípios norteadores do Direito Ambiental Brasileiro e aos preceitos constitucionais pertinentes, visando efetiva e ampla proteção ao meio ambiente.

De suma importância as precisas colocações da insigne Profa. Helita Barreira Custódio: “Em consequência do progresso científico, industrial, tecnológico e econômico, além da explosão demográfica, notórias e crescentes são as transformações relacionadas com novos problemas e novas exigências sociais, notadamente, em decorrência da deterioração ambiental. A questão relacionada com a degradação dos *recursos* e dos *bens* integrantes do meio ambiente natural e cultural, diante de suas repercussões diretas e indiretas, imediatas ou mediadas contra a vida, a saúde, a segurança, o trabalho, o sossego e o bem-estar da coletividade, constitui, nos dias de hoje, um dos mais graves e importantes problemas, cuja solução ressarcitória impõe séria reflexão, aliada à imediata e efetiva ação, especialmente por parte de técnicos, de juristas, de cientistas em geral, junto aos poderes públi-

cos e privados, sempre com a participação da coletividade”.³¹ (Grifamos)

Precisas são as palavras do mestre José Carlos Barbosa Moreira: “(...) Em absoluto não diminui uma Corte de Justiça reconhecer que laborava em erro e decidir-se a corrigi-lo; o que pode diminuí-la é nele perseverar. Não receemos o lugar comum: *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum...*”.³²

(A segunda parte será publicada na próxima revista da DBJV)\

³¹ “Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente”, in *RT* 652/90, p. 16. Entendimento esse, também, esposado em sua tese de Livre-Docência perante a USP; “*Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*”, aprovada unanimemente em 29.6.84, São Paulo, 1984, pp. 1 e ss., e que hoje, encontra-se em fase de publicação pela Millennium Editora, Campinas-SP, 2005 (no prelo).

³² “Julgamento do recurso especial *ex art. 105, III, a*, da constituição da república: sinais de uma evolução auspiciosa”. In: *Temas de direito processual*. Sétima Série, SP: Saraiva, 2001, p. 105.