

# Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2021 (39. Jahrgang)  
November 2021**

## **Inhalt**

<b>Editorial.....</b>	<b>1</b>
<b>Ankündigung und Programm der Jahrestagung 2021.....</b>	<b>2</b>
<b>Ankündigung und Programm der Zwischentagung April 2021.....</b>	<b>5</b>
<b>Ankündigung und Programm der Jahrestagung 2020.....</b>	<b>7</b>
<b>Gerichtsverfahren und Digitalisierung in Brasilien</b> Lisiane Feiten Wingert Ody.....	<b>10</b>
<b>Das MERCOSUR-Recht zur Vollstreckung</b> <b>ausländischer Entscheidungen</b> Marcel Zernikow.....	<b>20</b>
<b>Controle de Preços Abusivos durante a Pandemia</b> Eduardo Caruso Cunha.....	<b>27</b>
<b>Nachruf auf Wolf Paul</b> Carl D. Goerdeler.....	<b>50</b>
<b>Traueranzeige für Wolf Paul.....</b>	<b>52</b>
<b>Nachruf auf Paulo Bonavides</b> Wolf Paul.....	<b>53</b>

## Impressum

---

### Herausgeber:

#### **Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.**

Vereinsregister Nr. 8076,

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

### Vorstand:

Dr. Hans-Joachim Henckel, Vorsitzender, Allée St. Exupéry 45, 13405 Berlin

Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Pacheco Neto, Sanden, Teisseire Advogados, Al. Franca 1050 - 3, 9 and 11th floors, 01422-001, São Paulo – SP / Brasilien

Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Lietzenburger Str. 75, 10719 Berlin

Priv.-Doz. Dr. Jan Peter Schmidt, Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mittelweg 187, 20148 Hamburg

### Sekretariat:

c/o Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, D-93183 Kallmünz

D-10719 Berlin; e-Mail: info@dbjv.de

**ISSN:** 2195-1438 (Print)

**ISSN:** 2195-1446 (Internet)

---

### Redaktion der Mitteilungen:

Dr. Ivens Henrique Hübert, Curitiba

Hannah Bonhoeffer, Weil am Rhein

E-Mail: iven.hubert@andersenballao.com.br

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 der Herausgeber**

## Editorial

Liebe Mitglieder der DBJV,

leider erscheint auch dieses Heft mit großer Verspätung, die wir zu entschuldigen bitten. Wir hoffen, ab 2022 endlich wieder in den früheren Rhythmus von zwei Heften pro Jahr zurückzufinden.

Trotz der Corona-Pandemie hat das Vereinsleben die letzten 18 Monate nicht stillgestanden. So fand nach der erstmals digital durchgeführten Jahrestagung 2020 im April 2021 eine (ebenfalls digitale) Zwischentagung statt. Zwecks Dokumentation dieser Ereignisse werden Einladung und Programm in diesem Heft abgedruckt.

Im November 2021, also zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Hefts, findet ein weiteres virtuelles Treffen statt. Auch was die Jahrestagungen angeht, haben wir natürlich die Hoffnung, 2022 zur früheren Tradition zurückkehren und wieder in Präsenz tagen zu können.

Ein besonders trauriges Ereignis des Jahres 2021 war der Tod von Professor Wolf Paul, dem langjährigen *spiritus rector* unserer Vereinigung. Sein Leben und Wirken werden in dem Nachruf von Carl Goerdeler eindrucksvoll gewürdigt (S. 50). Im Anschluss daran findet sich die im Namen der Vereinigung veröffentlichte Traueranzeige.

Einen kleinen Trost bedeutet es uns, dass Wolf Paul mit seinem Nachruf für einen brasilianischen Kollegen in diesem Heft auch selbst noch einmal zu Wort kommt, mit der gewohnten Einfühlsamkeit und rhetorischen Brillanz. Wer sich näher mit dem überaus facettenreichen Werk Wolf Pauls näher befassen will, dem sei Band 54 unserer Schriftenreihe wärmstens empfohlen.

Für den Vorstand

Priv.-Doz. Dr. Jan Peter Schmidt

## **Ankündigung und Programm der Jahrestagung 2021**

Liebe Mitglieder und Freunde der DBJV,

wie bereits angekündigt, werden wir angesichts der absehbaren Schwierigkeiten aufgrund der Pandemie die Jahrestagung 2021 nochmals in digitaler Form und in einem der Zeitverschiebung angepasstem Format am 19. und 20. November durchführen und mit einer ebenfalls digital durchgeführten Mitgliederversammlung am 21. November beenden.

Thema der Tagung ist „Wehrhafte Verfassung: Recht und Praxis“. Die vielfältigen Herausforderungen für die Verfassung in Brasilien, die insbesondere von der Politik des Präsidenten Bolsonaro ausgehen, erfüllen uns mit großer Sorge, und wir möchten mit unserer diesjährigen Tagung hierzu einen kritischen und konstruktiven Beitrag leisten. Das Thema geht in seiner Bedeutung allerdings weit über Brasilien hinaus, wie die Entwicklungen unter Präsident Trump in den Vereinigten Staaten und in verschiedenen europäischen Staaten zeigen, wie dem Vereinigten Königreich, Ungarn oder auch Polen.

Beispiele sind Forderungen, dass sich „die Judikative“ nicht über Parlament und Exekutive stellen dürfe, von Präsident Bolsonaro förmlich angekündigte und eingeleitete Impeachmentverfahren gegen aus seiner Sicht unbotmäßige Verfassungsrichter oder Drohungen gegenüber Verfassungsorganen und ihren Vertretern. Versuche, die Grenzen verfassungsmäßigen Handelns gezielt auszutesten oder gar zu verschieben, beispielsweise indem lang etablierte, jedoch ungeschriebene Verfassungspraktiken einseitig aufgekündigt oder neu interpretiert werden sind ein weiterer Aspekt des Themas. Ein unter europäischen Gesichtspunkten gewichtiger Punkt, auch für die anschließende Diskussion, ist vor dem Hintergrund der eindeutigen Positionierung des Bundesverfassungsgerichts zur Kontrolle der Europäischen Zentralbank Bedeutung und Verhältnis von EuGH und nationaler Verfassungsgerichtsbarkeit, gerade auch für andere Mitgliedstaaten der EU.

Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, Richter am Bundesverfassungsgericht a.D., hat sich dankenswerterweise bereit erklärt, diese Themen aus deutscher Sicht zu beleuchten, etwa im Hinblick auf die Sicherung des Grundgesetzes gegen mögliche „Angriffe von innen“. Aufgrund der sehr angespannten Situation haben wir davon abgesehen, einen der uns verbundenen brasilianischen Verfassungsrichter für das Ko-Referat zu gewinnen, stattdessen wird dieses von der in Deutschland tätigen brasilianischen Rechtswissenschaftlerin Dr. Renata Cherubim übernommen. Der Vorsitzende des Internationalen Ausschusses der Anwaltskammer Warschau, Wojciech Bagiński, wird das Panorama durch einen Bericht zu Lage und Herausforderungen in Polen ergänzen. Priv.-Doz. Dr. Konrad Duden wird schließlich einen rechtsvergleichenden Blick auf die Mechanismen zur Auswahl von Verfassungsrichtern beitragen.

Ziel ist, mit dieser Tagung einen sachlichen und konstruktiven Beitrag zu den weltweiten Herausforderungen für den Schutz der Verfassungen vor allem mit Blick auf Deutschland und Brasilien zu leisten und dabei auch unseres verstorbenen Freundes und engagierten Brasilianisten Prof. Dr. Wolf Paul zu gedenken, dem dieses Thema ganz besonders am Herzen lag.

Wir freuen uns auf eine rege Teilnahme und angeregte Diskussionen dieses wichtigen und komplexen Themas!

Für den Vorstand

Dr. Hans-Joachim Henckel

## **Wehrhafte Verfassung: Recht und Praxis**

## **Defesa da Constituição: Direito e Realidade**

### **Vor der Tagung /antes do Congresso:**

Registrierung der Teilnehmer / Credenciamento  
Übermittlung der Zugangsdaten und der notwendigen Regeln  
für Teilnahme und Ablauf / Transmissão dos códigos de acesso  
e das regras necessárias para a participação e a realização

### **Freitag / Sexta-feira, 19. November 2021**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo  
com o horário da Alemanha*

- |       |  |
|-------|--|
| 18h30 | Möglichkeit zum ersten Austausch und zum Techniktest /<br>Possibilidade para primeiros intercâmbios e para teste técnico   |
| 19h00 | Begrüßung / Abertura<br><i>Dr. Hans-Joachim Henckel</i> , Vorsitzender der DBJV /<br>Presidente da DBJV  |
| 19h15 | <i>Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio</i> (Bonn)<br>Wehrhafte Verfassung: Recht und Praxis – Deutschland und<br>Europa / Defesa da Constituição: Direito e Realidade –<br>Alemanha e Europa<br><br>mit anschließender Diskussion / com debate na sequência |
| 20h15 | Ende des ersten Tages / Fim do primeiro dia do Congresso   |

**Samstag / Sábado, 20. November 2021**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo com o horário da Alemanha*

- 16h00 *Dr. Renata Cherubim, LL.M. (Essen)*  
Wehrhafte Verfassung: Recht und Praxis – Brasilien / Defesa da Constituição: Direito e Realidade – Brasil  
  
mit anschließender Diskussion / com debate na sequência
- 17h00 Kaffeepause / Pausa para café
- 17h15 *Priv.-Doz. Dr. Konrad Duden, LL.M. (Hamburg)*  
Resilienz des Rechtsstaats: Richterwahl und Unparteilichkeit der Justiz / Resiliência do Estado de Direito: Eleição dos magistrados e imparcialidade do Poder Judiciário  
  
mit anschließender Diskussion / com debate na sequência
- 18h15 Kaffeepause / Pausa para café
- 18h30 *Wojtek Bagiński, Vorsitzender des Internationalen Ausschusses der Warschauer Rechtsanwaltskammer*  
Defense of the Constitution: Law and Practice – A View from Poland  
  
mit anschließender Diskussion / com debate na sequência (speech and discussion in English)
- 19h30 Abschlussdiskussion im Plenum / Discussão no plenário
- 20h00 Ende der Tagung / Fim do Congresso

**Sonntag / Domingo, 21. November 2021**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo com o horário da Alemanha*

- 15h00 Mitgliederversammlung der DBJV / Assembleia dos Associados

## **Ankündigung und Programm der Zwischentagung 2021**

Liebe Mitglieder und Freunde der DBJV,

wie bereits angekündigt, möchten wir in diesen außergewöhnlichen Zeiten 17. April eine zweite digitale Konferenz anbieten, der wieder ein informelles digitales Zusammentreffen am Vorabend vorgeschaltet sein wird.

Die Themen Datenökonomie und Datenschutz sind nicht nur in Brasilien und in Deutschland weiter hochaktuell. Das massive Kräftemessen zwischen Australien, Facebook und Google hat darauf gerade wieder ein besonders grelles Schlaglicht geworfen und die anstehende Reform des deutschen Urheberrechts hat bereits das Prädikat „erntet Kritik von allen Seiten“ erworben.

Gleichzeitig bleibt die Umsetzung des aktuellen Datenschutzes in Brasilien und Deutschland für viele Unternehmen weiter eine große Herausforderung. Wenn der Berliner Senat seinen Einladungsschreiben an die über Neunzigjährigen zum Impftermin eine sechsstufige Erläuterung zum Datenschutz beifügt, zeigt dies, welche Extreme hier inzwischen teilweise erreicht sind.

Professor Dr. Gerald Spindler hat sich bereit erklärt, zu diesem komplexen Bereich das Eingangsreferat zu halten, Dr. Valentin Knobloch und Felipe Atala werden zu den Herausforderungen in der unternehmerischen Praxis in Brasilien und Deutschland berichten.

Im Plenum und in zwei Break-out Sessions wollen wir dies weiter vertiefen und gleichzeitig den bewährten Austausch innerhalb der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung fortsetzen.

Wir freuen uns auf eine rege Teilnahme und angeregte Diskussionen!

Für den Vorstand

Parvis Papoli-Barawati

## **Datenökonomie und Datenschutz**

### **Economia e Proteção de Dados**

#### **Vor der Tagung / antes do Congresso:**

Registrierung der Teilnehmer / Credenciamento  
Übermittlung der Zugangsdaten und der notwendigen Regeln  
für Teilnahme und Ablauf / Transmissão dos códigos de acesso  
e das regras necessárias para a participação e a realização

**Freitag / Sexta-feira, 16. April 2021**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo com o horário da Alemanha*

- 19h30      Networking: Informeller Abend mit Möglichkeit zum ersten Austausch und zum Techniktest / Encontro informal com possibilidade para primeiros intercâmbios e para teste técnico
- 21h00      Ende des informellen Abends / Fim do encontro informal

**Samstag / Sábado, 17. April 2021**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo com o horário da Alemanha*

- 14h00      Begrüßung / Abertura  
*Dr. Hans-Joachim Henckel*, Vorsitzender der DBJV / Presidente da DBJV
- 14h15      *Prof. Dr. Gerald Spindler* (Göttingen)  
Die globale Datenökonomie: Herausforderungen und rechtliche Lösungsansätze – A economia global de dados: desafios e pontos de partida para soluções jurídicas mit anschließender Diskussion / com debate na sequência
- 15h15      Kaffeepause / Pausa para café
- 15h45      *Dr. Valentin Knobloch* (Luxemburg/Köln)  
Datenschutz: Herausforderungen in der deutschen Unternehmenspraxis – Proteção de dados: desafios na prática das empresas alemãs
- 16h00      *Felipe Atala Inácio* (Belo Horizonte)  
Proteção de dados: desafios na prática das empresas brasileiras - Datenschutz: Herausforderungen in der brasilianischen Unternehmenspraxis  
  
mit anschließender Diskussion / com debate na sequência
- 16h45      Kaffeepause / Pausa para café
- 17h00      Break-out Session 1 (Austausch in Gruppen zu den Vortragsthemen der Tagung / Troca de opiniões em grupos sobre os temas do Congresso)
- 17h15      Break-out Session 2 (Austausch in Gruppen zu den Vortragsthemen der Tagung / Troca de opiniões em grupos sobre os temas do Congresso)
- 17h30      Treffen im Plenum / Encontro no plenário
- 18h00      Ende der Tagung / Fim do Congresso



## **Ankündigung und Programm der Jahrestagung 2020**

Liebe Mitglieder der DBJV,

in diesem Jahr ist alles anders, und leider gilt dies auch für unsere Tagung. Angesichts der fortdauernden Reisebeschränkungen und wieder ansteigender Fallzahlen ist an ein Treffen in der gewohnten Form nicht zu denken.

Trotzdem möchten wir natürlich gerade in diesen turbulenten Zeiten einen fachlichen und persönlichen Austausch ermöglichen und die bestehenden Kontakte pflegen. Zu diesem Zweck veranstalten wir am 20. und 21. November 2020 ein virtuelles Treffen über „Zoom“, zu dem wir Euch hiermit herzlich einladen.

Am Samstag, den 21. November, wird es ab 15 Uhr deutscher Zeit zunächst einen Fachvortrag zur Amazonas-Thematik geben und anschließend mehrere Vorträge zu den rechtlichen Folgen der Corona-Krise. Am Vorabend, also am Freitag den 20. November, gibt es eine erste informelle Möglichkeit zum immerhin digitalen Wiedersehen und dem Testen der Technik. Die Einzelheiten finden sich im beiliegenden Programm.

Für uns im Vorstand ist eine solche virtuelle Tagung eine neue Herausforderung, und vermutlich wird der Ablauf nicht ganz so reibungslos sein, wie wir uns das wünschen. Trotzdem sind wir guter Hoffnung, dass wir mit der konstruktiven Beteiligung aller den besonderen Geist, der in unserer Vereinigung herrscht, auch auf die digitale Ebene übertragen können und wir informative, anregende und auch unterhaltsame Stunden miteinander verbringen werden!

Mit herzlichen Grüßen

Der Vorstand der DBJV

**Vor der Tagung /antes do Congresso:**

Registrierung der Teilnehmer / Credenciamento  
 Übermittlung der Zugangsdaten und der notwendigen Regeln  
 für Teilnahme und Ablauf / Transmissão dos códigos de acesso  
 e das regras necessárias para a participação e a realização

**Freitag / Sexta-feira, 20. November 2020**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo  
 com o horário de inverno na Alemanha*

- 19h30      Networking: Informeller Abend mit Möglichkeit zum ersten  
 Austausch und zum Techniktest / Encontro informal com  
 possibilidade para primeiros intercâmbios e para teste técnico
- 20h30      Ende des informellen Abends / Fim do encontro informal

**Samstag / Sábado, 21. November 2020**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo  
 com o horário de inverno na Alemanha*

- 14h00      Begrüßung / Abertura  
*Dr. Hans-Joachim Henckel*, Vorsitzender der DBJV / Presi-  
 dente da DBJV  
*S. Exa. Roberto Jaguaribe Gomes de Mattos*, Embaixador da  
 República Federativa do Brasil / Botschafter der Föderativen  
 Republik Brasilien (angefragt / a ser confirmado)
- 14h15      *Juliana Leite de Araujo* (Rio de Janeiro)  
 „Os incêndios na Amazônia – fatos controvertidos, medidas  
 tomadas, estado da discussão no Brasil“ / „Die Brände im  
 Amazonasgebiet – kontroverse Fakten, getroffene  
 Maßnahmen, Stand der Diskussion in Brasilien“  
 mit anschließender Diskussion (Übermittlung von Fragen und  
 Beiträgen per Chat)/ com debate na sequência (transmissão das  
 perguntas e contribuições por Chat)
- 15h15      Kaffeepause / Pausa para café
- 15h30      *Dr. Jan Peter Schmidt* (Hamburg) „Covid 19 – Konsequenzen  
 im deutschen Vertragsrecht“ / „Covid 19 – Consequências no  
 direito contratual alemão“  
*Irene Haagen* (Kalmünz) „Covid 19 – Konsequenzen im  
 deutschen Insolvenzrecht“ / „Covid 19 – Consequências no  
 direito falimentar alemão“

- 16h00 *Dr. Ivens Henrique Hübert* (Curitiba) „Covid 19 – Consequências no direito contratual brasileiro“ / „Covid 19 – Consequenzen im brasilianischen Vertragsrecht“  
*Edson Fernando Hauagge* (Curitiba) „Covid 19 – Consequências no direito do trabalho brasileiro“ / „Covid 19 – Consequenzen im brasilianischen Arbeitsrecht“

mit anschließender Diskussion (Übermittlung von Fragen und Beiträgen per Chat)/ com debate na sequência (transmissão das perguntas e contribuições por Chat)

- 16h45 Kaffeepause / Pausa para café
- 17h00 Break-out Session 1 (Austausch in Gruppen zu den Folgen von Covid 19 und den Vortragsthemen der Tagung / Troca de opiniões em grupos sobre as consequências da Covid 19 e os temas do Congresso)
- 17h15 Break-out Session 2 (Austausch in Gruppen zu den Folgen von Covid 19 und den Vortragsthemen der Tagung / Troca de opiniões em grupos sobre as consequências da Covid 19 e os temas do Congresso)
- 17h30 Treffen im Plenum mit Kurzberichten aus den Gruppen / Encontro no plenário com breve relatório dos grupos
- 18h00 Ende der Tagung / Fim do Congresso

**Sonntag / Domingo, 22. November 2020**

*Todos os horários indicados neste programa estão de acordo com o horário de inverno na Alemanha*

- 14h00 Bericht des Vorstands und Aussprache der Mitglieder / Relatório da Diretoria e considerações dos associados

# **Gerichtsverfahren und Digitalisierung in Brasilien: Zehn Jahre elektronische Prozesse und die Zukunft der Rechtsprechung**

von

DR. LISIANE FEITEN WINGERT ODY<sup>1</sup>

Abstract: Diese Arbeit befasst sich mit den Entwicklungen, die sich seit der Einführung einer elektronischen Plattform zur Ersetzung physischer Prozesse in der brasilianischen Rechtsprechung vollzogen haben. Das übergeordnete Ziel ist es, die Auswirkungen dieses Wandels nach einem Jahrzehnt Erfahrung zu bewerten. Konkret sollen die aktuellen Schwierigkeiten und Herausforderungen für die Justiz auf diesem Gebiet aufgezeigt und Maßnahmen zu ihrer Bewältigung vorgeschlagen werden. Diese auf induktiven und deduktiven Methoden basierende Studie ist in drei Teile gegliedert: Im ersten Teil werden die verschiedenen Softwarelösungen der brasilianischen Justiz untersucht, um die Bandbreite der technologischen Möglichkeiten des elektronischen Rechtsverkehrs am Beispiel von *Eproc* zu erfassen. Um die Auswirkungen der Systemumstellung zu bewerten, werden im zweiten Teil die Vor- und Nachteile von Verfahren im digitalen Medium herausgestellt. Die Suche nach Lösungsansätzen zur Bewältigung der Herausforderungen, vor denen die brasilianische Justiz in Zukunft stehen wird, ist Gegenstand des dritten Teils dieser Arbeit. Hierbei werden Initiativen zur Eindämmung des Prozessvolumens und insbesondere Ansätze zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten, sowie Projekte zur landesweiten Vernetzung der Justizsysteme untersucht, die Maßnahmen, die die negativen Auswirkungen der Technologie auf die Gesundheit der Beschäftigten in der Justiz mildern können, näher beleuchtet und der Ausbau von IT-Lösungen im Rechtswesen durch die Einbeziehung spezieller Programme und Algorithmen erörtert.

Schlagwörter: Elektronischer Prozess. Digitalisierung. Rechtsprechung. Virtuelle Umgebung.

## **1. Einleitung**

Die Digitalisierung von Gerichtsverfahren und die Einführung einer elektronischen Prozessplattform waren logische Folgen der brasilianischen Rechtsprechungsrealität: Die kontinentalen Ausmaße des Landes sowie die hohen Kosten und das immense Volumen an Gerichtsverfahren zwangen den Staat, Lösungen zu finden, um die Arbeit der Justiz überhaupt möglich zu machen.

Vor etwa einem Jahrzehnt wurde der elektronische Rechtsverkehr an brasilianischen Gerichten eingeführt. Mithilfe von IT-Lösungen wurden

---

<sup>1</sup> Professorin der Juristischen Fakultät der Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasilien

physische Akten zu virtuellen Daten. Anhörungen und Gerichtsverhandlungen werden nun per Video abgehalten und übertragen und die Filmaufnahmen ersetzen Protokolle und Stenos. Passwörter haben Unterschriften abgelöst und der Einsatz von Papier wurde im Großteil der brasilianischen Justiz untersagt.

Die Auswirkungen der Digitalisierung in der brasilianischen Justiz sind Gegenstand dieser Arbeit.

## **2. Die Pluralität der Justizsysteme und das Beispiel *Eproc***

Wegen der Unterteilung der brasilianischen Justiz in eine Besondere Gerichtsbarkeit – Militär-, Wahl- und Arbeitsanliegen – und eine Ordentliche Gerichtsbarkeit – auf Bundes- sowie Bundesstaatsebene – gibt es keine zentrale Verwaltung mit einer einheitlichen Software für den elektronischen Rechtsverkehr.

Entsprechend den individuellen Anforderungen, der Personalsituation und dem Budget verwendet – oder entwickelt – jedes brasilianische Gericht ein eigenes Computerprogramm bzw. eine eigene Plattform. Derzeit gibt es Bestreben, die Kompatibilität innerhalb dieser Systeme – und vor allem eine funktionierende Schnittstelle zu den Systemen der Bundesgerichte – sicherzustellen. Außerdem gilt es, Fortschritte voranzutreiben und bewährte Praktiken auszutauschen, da es einigen Gerichten bereits gelungen ist, physische Prozesse vollständig zu eliminieren und ausschließlich virtuelle Daten zu führen.

Zur Bewertung dieses digitalen Wandels innerhalb der Justiz sei beispielhaft das System *Eproc* – „Elektronischer Prozess des Regionalen Bundesgericht der vierten Region“ (*Processo Eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*) – zu nennen, das seit rund zehn Jahren in Betrieb ist und inzwischen Papier und physische Prozesse, die in den Zuständigkeitsbereich dieses Gerichts fallen, vollständig abgelöst hat.

Die Ursprünge dieser Plattform liegen im Programm GEDPRO, einer ehemals von der IT-Abteilung des Gerichts selbst entwickelten Software, mit dem Dokumente (Urteile, Entscheidungen usw.) erstellt, Anhörungen und Gerichtsverhandlungen verwaltet und Gerichtsakten veröffentlicht wurden. Der Vorgänger dieses Programms nannte sich EDI, im Rahmen dessen – wie in GEDPRO – Dokumente in Microsoft Word bearbeitet wurden, wodurch wiederum Lizenzkosten für das Gericht anfielen. Einer der größten Mängel von EDI war, dass es kein sicheres und effizientes System zur Erfassung von Angaben aus Urteilen darstellte und benötigte Dokumente nur schwer auffindbar waren. Dieser Nachteil wurde im Nachfolgeprogramm GEDPRO behoben, doch bestand immer noch keine Möglichkeit, Texte zu verfassen oder Dokumente über das System zu drucken bzw. im Amtsblatt *Diário da Justiça* zu veröffentlichen. Sekretariate übernahmen weiterhin diese Aufgaben und bereiteten Unterlagen vor, organisierten Termine und betreuten Anwälte, die

keinen Zugriff auf das Programm hatten. Obwohl das Programm also nützlich war, gingen keine Kostenersparnisse damit einher.

Das aktuelle Programm *Eproc* wiederum verfügt über all diese Funktionen: Es können nicht nur in einem Zusatzprogramm namens GDOC Dokumente bearbeitet, Entscheidungen verfasst und Veröffentlichungen vorgenommen werden, sondern es sind auch alle Verfahrensakte – von Richtern, Gerichtsbediensteten und Anwälten – einschließlich der Dokumente zur Beweisaufnahme und zur Entscheidung des Verfahrens einsehbar.

Der Verlauf des Verfahrens wird Schritt für Schritt und zeitlich präzise aufgezeichnet und kann neben vielen weiteren Funktionen als *E-Book* eingesehen werden. Alle Klageschriften, Gerichtsentscheidungen und Verfügungen – einschließlich amtlicher Verfügungen – laufen über das elektronische System.

Darüber hinaus entstehen durch *Eproc* keine zusätzlichen Lizenzkosten oder größere Schwierigkeiten bei der Einführung und Aktualisierung des Programms, da es von den Anwendern selbst konzipiert und den gerichtseigenen Entwicklern umgesetzt wird und folglich auf dem neusten Stand der Technik ist.

### 3. Vor- und Nachteile des elektronischen Prozesses

Obwohl die Entwicklung und Einführung des elektronischen Systems erhebliche Kosten verursachten (erhöhter Bedarf an *Hardware* – nicht nur Monitore und Netzwerkgeräte, sondern vor allem Server zum Speichern der Daten – und ein gewisser Aufwand für die Entwicklung der *Software*), ist unbestreitbar, dass dadurch öffentliche Gelder eingespart werden. Direkte Einsparungen erfolgen aufgrund des geringeren Bedarfs an Sekretariatspersonal sowie an Platz und Material; indirekte Einsparungen entstehen durch den Geschwindigkeitszuwachs, da Verfahrensakte unmittelbar veröffentlicht und Vorladungen sofort vorgenommen werden können.

Allein diese Gründe rechtfertigen den Einsatz eines solchen Systems, vor allem weil mit EC 45/2004 die Effizienz und Geschwindigkeit der Verfahren als Grundrecht in der Verfassung verankert wurde.<sup>2</sup>

Es gibt jedoch mindestens zwei offensichtliche, negative Begleiterscheinungen des Systems, die zu berücksichtigen sind: (i) die steigende Zahl an Klagen und der häufigere Einsatz von Rechtsbehelfen infolge der Vereinfachung des Verfahrens und (ii) die körperliche Überlastung der Mitarbeiter, die mit der Plattform arbeiten.

Hinsichtlich des Prozessvolumens zeigt eine einfache Analyse einen Anstieg der Forderungen. Den Ergebnissen einer Studie des Nationalrats der Justiz (*Conselho Nacional de Justiça, CNJ*) mit dem Titel „*Justiça em Números 2018*“ („Justiz in Zahlen 2018“) zufolge wurden Ende 2009 noch

---

<sup>2</sup> Art. 5 LXXVIII CF „Allen wird im Justiz- und Verwaltungsbereich das Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer und die Mittel zur zügigen Verfahrensabwicklung gewährt.“

60,7 Millionen Fälle in der Justiz bearbeitet; derzeit sind schon rund 80,1 Millionen Verfahren anhängig. In dieser zehnjährigen Zeitspanne entspricht dies einer kumulierten Abweichung von 31,9 % bzw. einem durchschnittlichen Anstieg von 4 % pro Jahr. Im Jahr 2017 wurden 29,1 Millionen Fälle vor Gericht gebracht – durchschnittlich 12 519 Fälle pro 100 000 Einwohner.<sup>3</sup>

Die Staurate liegt seit 2017 nahezu konstant bei 72,0 %. Das bedeutet, dass lediglich 28 % aller bestehenden Verfahren gelöst werden. Selbst wenn man die Verfahren, die derzeit ausgesetzt bzw. aufgeschoben<sup>4</sup> sind oder vorläufig bearbeitet werden, da sie von einer noch ausstehenden Entscheidung abhängen (wie beispielsweise Rechtsgesuche mit allgemeinen Auswirkungen oder häufig auftretende Rechtsbehelfe), nicht berücksichtigt, beträgt die Netto-Staurate 67,9 %.<sup>5</sup>

Das Anwachsen der Bestände zeigt deutlich, dass nicht technologischer Fortschritt allein zur Beseitigung der herrschenden Missstände ausreicht. Abgesehen von der Verfahrensproblematik ist allerdings unbestreitbar, dass die Tätigkeiten des Anwalts einfacher geworden sind: Klageschriften und dazugehörige Dokumente werden heutzutage online eingereicht. Verfahren können mit nur einem Klick eingeleitet und über das Internet verfolgt werden. Eine Klageschrift muss nicht mehr wie früher verfasst, ausgedruckt und zum Gericht gebracht werden. Sogar Anhörungen können heute über *Skype* abgehalten werden, wodurch Reisezeit und –kosten entfallen. Stenografen werden nicht mehr gebraucht, da das Videomaterial der Anhörung im System elektronisch hinterlegt wird. Ist man mit einer bestimmten Entscheidung nicht einverstanden, kann der Anwalt der Partei mit einem Klick Berufung oder eine Beschwerde einlegen und es fallen keine Gerichtskosten für die Vorbereitung von Rechtsbehelfen an.

Diese Umstände bieten sicherlich einen Nährboden für mehr Klagen und häufigeres Einlegen von Rechtsbehelfen.

Einen zweiten Nachteil stellt die körperliche Belastung des Gerichtspersonals dar, da Richter und insbesondere ihre wissenschaftlichen Mitarbeiter seit der Umstellung auf dieses System einen beträchtlichen Teil des Arbeitstages in ein und derselben Position verbringen: sitzend vor zwei Computerbildschirmen – einer zum Lesen und Verfolgen des Verfahrens und ein zweiter zur Vorbereitung des Gerichtsurteils. Diese Umstände haben zu einem Anstieg der gesundheitsbedingten Fehlzeiten geführt. Gründe dafür sind nicht nur Gelenkschmerzen und sogar Sehstörungen – letztere aufgrund der langen Beanspruchung der Augen unter künstlicher Beleuchtung – sondern auch andere Krankheiten, da die Gerichtsmitarbeiter weniger zwischenmenschlichen Kontakt haben und vor allem seit der Einführung von

---

<sup>3</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. S. 78.

<sup>4</sup> Im Gesetz spricht man bei ausgesetzten Verfahren am STJ von „suspensão“ und am STF von „sobrestamento“.

<sup>5</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. S. 197.

Arbeitszielvereinbarungen, deren Einhaltung mithilfe der Software leicht nachzuweisen ist, erhöhtem Stress ausgesetzt sind.

In diesem Zusammenhang zeichnen sich neue Herausforderungen ab, auf die die Verwaltung der brasilianischen Justiz regieren muss. Dazu gehören (i) die Bewältigung der beträchtlichen Zahl an Verfahren und insbesondere der Fälle, bei denen das Handeln der Gerichte weitreichende Folgen hat; (ii) die Vereinheitlichung der IT-Systeme von Gerichten auf Bundesebene sowie bundesstaatlicher und regionaler Ebene und sonstiger Stellen; (iii) die Vorsorge und Behandlung gesundheitlicher Schäden von Gerichtsmitarbeitern, die die Software verwenden; und (iv) der Ausbau des Einsatzes digitaler Technologie mittels der Verwendung spezieller Programme und Algorithmen, die die Rechtsprechung optimieren und sie schneller und effizienter machen.

#### **4. Herausforderungen und Zukunft der brasilianischen Justiz**

##### **4.1 Initiativen zur Bewältigung des Prozessvolumens**

In Bezug auf das Prozessvolumen wurde mit der neuen Zivilprozessordnung (*Código de Processo Civil, CPC*) in der Verfassungsänderung EC 45/2004 (i) bestätigt, dass Entscheidungen des Obersten Bundesgerichts STF (*Supremo Tribunal Federal*) in Fragen der Verfassungsmäßigkeitskontrolle *erga omnes* – also gegenüber allen – wirksam sind; (ii) das Erfordernis der allgemeinen Auswirkungen für die Zulässigkeit von außergewöhnlichen Rechtsbehelfen vor dem STF (*recursos extraordinários*) eingeführt, was bedeutet, dass Verfahren, die diese Bedingung nicht erfüllen, nicht weitergeführt werden; und (iii) das Konzept der bindenden Leitsätze (*súmulas vinculantes*) im brasilianischen Recht geschaffen. In Bezug auf den Bereich der Verfassungswidrigkeit wurden mit der Reform der Zivilprozessordnung im Jahr 2006 weitere Mechanismen zur Eindämmung der Arbeitslast der Bundesgerichte eingeführt, wie z. B. das bereits genannte Erfordernis der allgemeinen Auswirkungen für die Zulässigkeit eines außergewöhnlichen Rechtsbehelfs vor dem STF (Art. 543-A CPC/73). Um dieses Erfordernis zu erfüllen, muss vorab nachgewiesen werden, dass wirtschaftlich, politisch, sozial oder rechtlich relevante Fragen das Verfahren beeinflussen, die über die subjektiven Interessen der Beteiligten hinausgehen. Die Reform sah ebenfalls das Prozesssystem der Rechtsgesuche mit allgemeinen Auswirkungen (*repercussão geral*) vor, gemäß dem aus mehreren, ähnlich gelagerten Fällen ein Musterfall zur Beurteilung auszuwählen ist, der vor allen anderen Fällen entschieden wird, während die anderen Fälle vorerst ausgesetzt werden. Das Urteil dieses Musterfalls wird entsprechend auf die übrigen Fälle übertragen. *Mutatis mutandis* wurde mit Artikel 543-C der damals gültigen Zivilprozessordnung (CPC/73) das System der häufig auftretenden Rechtsbehelfe (*recursos repetitivos*) vor dem Bundesgericht der Justiz STJ (*Superior Tribunal de Justiça*) eingeführt, welches ebenfalls vorsieht, dass ähnlich gelagerte Fälle vorerst nicht bearbeitet werden, bis ein entsprechender Musterfall entschieden ist und die Lösung



hierfür auf die übrigen Verfahren angewandt werden kann. Diese Bestimmungen sind auch Teil der aktuell gültigen Zivilprozessordnung aus dem Jahr 2015.

Diese Maßnahmen können mit vereinzelt Anpassungen zu einer Verringerung des Prozessvolumens führen.

Neben diesen Initiativen im Bereich der Rechtsprechung wurde in der brasilianischen Justiz intensiv in Ansätze zur außergerichtlichen Konfliktlösung investiert, bei denen auch die Gesellschaft stärker miteinbezogen wird, wie zum Beispiel Mediation (*mediação*) und Schlichtung (*conciliação*). Bei der Mediation wird über einen Vermittler der Dialog zwischen Konfliktpartnern angestoßen, damit diese selbst Lösungen erarbeiten; bei der Schlichtung übernimmt der Vermittler eine aktivere Rolle im Dialog zwischen den Konfliktparteien und bietet Möglichkeiten zur Lösung der Auseinandersetzung an.

Diese ganzheitlichen Ansätze sind der Schlüssel zum Erfolg, denn die Bürger müssen über ihre Grundrechte und -pflichten aufgeklärt werden. Gleichzeitig muss sich ebenfalls die öffentliche Verwaltung verpflichten, ihre Fehler einzuräumen und sie proaktiv zu beheben, ohne die Gerichte mit sich wiederholenden Forderungen zu belasten.

Die brasilianische Bundesjustiz hat beispielsweise zur möglichen Lösung von Konflikten ohne die Einleitung eines Gerichtsverfahrens „Justizzentren für Konfliktlösung und Bürgerrechte“ (*Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, CEJUSC*) eingerichtet.<sup>6</sup> Sie identifizieren systematisch Fälle, bei denen der Konflikt mittels eines Vergleichs beigelegt werden kann, und bemühen sich um entsprechende Lösungen.

Neben diesen allgemeinen Ansätzen kann als konkretes Beispiel für ein ausgesprochen erfolgreiches direktes Eingreifen der Justiz der Vergleich zu den „Wirtschaftsplänen“ (*planos econômicos*) genannt werden. Diese Pläne waren Maßnahmen, die in den späten 80er Jahren in Brasilien ergriffen wurden, um der Hyperinflation entgegenzuwirken und zu verhindern, dass die brasilianische Währung weiter an Wert verliert. Bei dieser Gelegenheit korrigierte die damalige Regierung als Lösungsansatz die Ersparnisse der Bevölkerung nach künstlichen und unter der Inflationsrate liegenden Zinssätzen, was Tausende von Sparern dazu veranlasste, den tatsächlichen Wert ihrer Finanzanlagen der letzten Jahrzehnte einzuklagen. Statistiken zeigen, dass noch mehr als 600 000 Urteile zu diesem Thema ausstehen.<sup>7</sup>

Diese Problematik wurde dem STF im Rahmen der Rechtsgesuche mit allgemeinen Auswirkungen in Thema 264 (Bresser- und Verão-Pläne), Thema 265 und 284 (Collor-Plan I) sowie Thema 285 (Collor-Plan II) vorgelegt, weil dieses Gericht ebenfalls für die Beurteilung des Sachverhalts im Rahmen der konzentrierten Verfassungskontrolle im Zusammenhang mit der

---

<sup>6</sup> <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/85642-como-funcionam-os-cejuscs>

<sup>7</sup> Über 600 000 Fälle sind zu diesem Thema anhängig. Siehe hierzu: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-30/tribunais-9414-mil-acoas-suspensas-espera-decisao-stf>

Klage Nr. 165 auf Nichteinhaltung einer Grundrechtsvorschrift (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF*) zuständig war.

Im März 2018 billigte das STF einen von der Generalstaatsanwaltschaft ausgehandelten Vergleich zu den Wirtschaftsplänen Bresser aus dem Jahr 1987, Verão aus dem Jahr 1989, Collor I aus dem Jahr 1990 und Collor II von 1991 zwischen dem brasilianischen Bankenverband FEBRABAN (*Federação Brasileira de Bancos*), dem Verbraucherschutzinstitut (*Instituto de Defesa do Consumidor, IDEC*) und dem Bürgerzusammenschluss „Brasilianische Front für Sparer“ (*Frente Brasileira pelos Poupadores, Febrapo*), an dem auch die brasilianische Zentralbank als intervenierende Partei beteiligt war. Mit dieser Vereinbarung konnten Sparer und ihre Erben, die innerhalb der gesetzlichen Fristen eine entsprechende Klage eingereicht hatten, durch bloße Einschreibung über ein Internetportal die wegen der Wirtschaftspläne ausgebliebenen Einkünfte aus ihren Finanzanlagen zurückbekommen. Der Gesamtwert dieser Einkünfte belief sich auf 20 bis 100 Milliarden Reais.<sup>8</sup>

Somit können neben den Änderungen im Prozessrecht auch stetige Bemühungen um Mediations- und Schlichtungsansätze sowie die direkte Einflussnahme der Justiz in bestimmten Situationen die Menge an Gerichtsverfahren begrenzen.

## 4.2 Landesweite Vernetzung der Justizsysteme

Aufgrund der Vielfältigkeit der verwendeten Systeme ist es grundlegend, die unterschiedlichen Programme der Gerichte sowie die der Rechtsabteilungen öffentlicher Einrichtungen und der Staatsanwaltschaft landesweit so weit zusammenzuführen, dass sie miteinander kompatibel sind und zusammenarbeiten, damit jegliche Unterlagen digital ausgetauscht, Klageschriften über die Plattform eingereicht und Entscheidungen online veröffentlicht werden können.<sup>9</sup>

Dies hängt ausschließlich von den Investitionen in die IT und der Zusammenarbeit der Beteiligten ab.

## 4.3 Technologie und Mitarbeitergesundheit

Eine nennenswerte Initiative zugunsten der Gesundheit der Justizbeamten ist das EPS-Programm (*Programa de Exames Periódicos de Saúde*, Programm für regelmäßige Gesundheits- und Vorsorgeuntersuchungen) des Regionalen Bundesgerichts der vierten Region (*Tribunal Regional Federal da 4ª Região*), im Rahmen dessen Aktionen zur Gesundheitsförderung und Prävention organisiert werden. So können Beamte und Richter regelmäßig ärztliche Gesundheitschecks, Laboranalysen und Untersuchungen mit bildgebenden Verfahren

---

<sup>8</sup> Für die entsprechenden Werte siehe: <https://www.valor.com.br/financas/6204683/gilmar-mendes-destrava-pagamentos-das-perdas-de-planos-economicos>

<sup>9</sup> <https://www.editorajc.com.br/o-conselho-nacional-de-justica-e-o-futuro-do-poder-judiciario/>

in Anspruch nehmen, die gemäß den Vorschriften aus öffentlicher Hand finanziert werden.<sup>10</sup>

Obwohl es sich hierbei um einseitige Investitionen handelt, die auf den ersten Blick wie Verschwendung öffentlicher Gelder aussehen könnten, entstehen dadurch sogar Einsparungen, denn das Risiko von längeren gesundheitsbedingten Ausfällen oder Vorruhestand aufgrund von Arbeitsunfähigkeit wird durch diese Initiative verringert.

Darüber hinaus wird die Weiterbildung von Mitarbeitern gefördert, damit sie im digitalen Zeitalter nicht auf der Strecke bleiben, sondern sich an die neue Arbeitswelt anpassen können. Beispiele sind (i) die fachliche Qualifizierung von Mitarbeitern mittlerer Dienststufen für Tätigkeiten, die weniger komplexe Rechtskenntnisse erfordern und unter der Leitung eines Beamten mit akademischem Grad erbracht werden; (ii) die Schaffung von Förderprogrammen für Studiengänge oder Graduiertenkurse, deren Kosten die Behörden ihren Mitarbeitern zumindest teilweise erstatten; und (iii) berufsbezogene Fortbildungen, die für das Personal kostenlos oder vergünstigt angeboten werden.<sup>11</sup>

Zu guter Letzt wurde nicht nur in die ergonomische Gestaltung der Arbeitsplätze, sondern auch in die Entwicklung von künstlicher Intelligenz investiert, mit deren Hilfe Aufgaben erfüllt werden können, die heute noch Menschen übernehmen.<sup>12</sup> Mit der automatisierten Auswertung von Klageschriften der Anwälte könnten beispielsweise Prozesse nach den verschiedenen Bereichen sortiert und Entscheidungsentwürfe vorbereitet werden, was dem Personal eine Vielzahl an Klicks ersparen und die Gelenke der Justizmitarbeiter schonen würde.

#### **4.4 Ausbau des Einsatzes digitaler Technologien**

Mithilfe einfacher Programme und Algorithmen, die nichts anderes als logische Anweisungen sind, können IT-Systeme den Inhalt der vom Anwalt vorgelegten Klageschriften erkennen und sie bereits mit einem Textentwurf an einen Richter oder einen seiner beratenden Mitarbeiter weiterleiten, die diesen nach Abschluss des Prozesses überprüfen und fertigstellen.

Auch an den Bundesgerichten können neue Verfahren maschinell durch automatisierte Befehle den Themen der allgemeinen Auswirkungen oder der häufig auftretenden Rechtsbehelfe zugewiesen werden. Dieses Vorgehen gefährdet in keinster Weise die Rechtsprechung als solche, sondern begünstigt sie insbesondere angesichts der vom CNJ festgestellten Staurate, denn mögliche Fehlzusweisungen können von einer Kontrollinstanz oder durch

---

<sup>10</sup> [https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza\\_documento\\_adm.php?orgao=1&id\\_materia=15361&reload=false](https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=15361&reload=false)

<sup>11</sup> [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=5399](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=5399)

<sup>12</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87819-inteligencia-artificial-parceria-com-tribunal-de-rondonia-aproxima-o-futuro>

Angaben des jeweiligen Anwalts, der wie das Gerichtspersonal ein besonderes Interesse an der Steigerung der Effizienz der Justiz hat, identifiziert und korrigiert werden.

Es gibt sicherlich keine Möglichkeit, vollkommen auf das menschliche Handeln von Richtern und Beamten im Gerichtsprozess zu verzichten. Digitale Technologien können jedoch ihre Arbeit erleichtern und einige Aufgaben im Arbeitsablauf übernehmen, damit die Qualifikation und Stärken der Menschen bei der Entscheidungsfindung gebündelt werden können.

Die Integration der Bürger und der öffentlichen Verwaltung, die sich ihrer Verantwortung bewusst sind und diese wahrnehmen, sowie die Förderung von Mensch und Technik kann die Justiz nur stärken, denn es macht sie kompetenter und effizienter.

## **5. Fazit**

Die brasilianische Justiz bemüht sich, die Rechtsprechung effizienter und schneller zu gestalten, was seit der Verfassungsänderung EC 45/2004 ein Grundrecht ist.

Die erzielten Fortschritte sind unbestreitbar, insbesondere bei der Entwicklung von außergerichtlichen Konfliktlösungsansätzen wie der Mediation und Schlichtung sowie dem Einsatz von Technologie und der Etablierung eines Programms zum elektronischen Rechtsverkehr. Von einer endgültigen Lösung der Probleme, die einer effizienten brasilianischen Rechtsprechung im Wege stehen, sind wir allerdings noch weit entfernt.

Die Digitalisierung der Prozessschritte kann allerdings als brasilianische Erfolgsgeschichte bezeichnet werden: Mit der entsprechenden Technologie lassen sich die immensen Entfernungen innerhalb des Landes überbrücken, Fristen und Formalitäten verkürzen und die Rechtsprechung dynamischer gestalten – genau wie es die heutigen Lebensbedingungen erfordern.

Damit sich der Erfolg der Digitalisierung in verwandten sozialen und rechtlichen Lebensbereichen fortsetzt, bedarf es tiefer greifende Reformen. Einerseits müssen Bürger über ihre Grundrechte und -pflichten aufgeklärt werden, andererseits muss die öffentliche Verwaltung ihre eigenen Fehler einräumen und sie proaktiv beheben, ohne die Gerichte mit einer Flut von sich wiederholenden Forderungen zu belasten. Schließlich muss auch von den Gerichten zu erwarten sein, dass sie ihrer übergeordneten Pflicht nachkommen und Stabilität und Rechtssicherheit gewährleisten. Dies ist ausschließlich mit Urteilen von fachlicher Qualität möglich, die von feinfühligem, qualifizierten und mit der Materie vertrauten Experten getroffen werden und die ordnungsgemäß auf den Rechtsbestimmungen des Landes basieren.

### Schrifttumsnachweise

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Como funcionam os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/85642-como-funcionam-os-cejuscs>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Inteligência artificial: Parceria com Tribunal de Rondônia aproxima o futuro. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87819-inteligencia-artificial-parceria-com-tribunal-de-rondonia-aproxima-o-futuro>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

LUCHETE, Felipe. Tribunais têm 941,4 mil processos suspensos à espera de decisão do STF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-30/tribunais-9414-mil-acoes-suspensas-espera-decisao-stf>

MARTINS, Humberto. O Conselho Nacional de Justiça e o futuro do Poder Judiciário. Justiça & Cidadania. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-conselho-nacional-de-justica-e-o-futuro-do-poder-judiciario/>

MUNIZ, Mariana. Gilmar Mendes destrava pagamentos das perdas de planos econômicos. Valor econômico. Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/6204683/gilmar-mendes-destrava-pagamentos-das-perdas-de-planos-economicos> oder mithilfe der auf der Seite angebotenen Funktionen.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Resolução nº 106, de 17 de junho de 2013. Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza\\_documento\\_adm.php?orgao=1&id\\_materia=15361&reload=false](https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=15361&reload=false)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Tribunal cria programa de apoio à qualificação de servidores da 4ª Região. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=5399](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=5399)

## Das MERCOSUR-Recht zur Vollstreckung ausländischer Entscheidungen – ein Vergleich mit dem EU-Recht

VON  
DR. MARCEL ZERNIKOW<sup>1</sup>

Der Rechtshilfeverkehr ist in der letzten Zeit wieder in den Vordergrund der juristischen Debatten gerückt. Hiermit ist diesmal nicht die Ratifizierung des Zustellungsübereinkommens<sup>2</sup> gemeint, sondern es wird auf die Problematik der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen verwiesen. Während es für den deutschen Juristen ungewöhnlich erscheint, letzteres Thema unter dem Titel der Rechtshilfe aufzufassen, liegt hier für brasilianische Juristen keine Überraschung. Auch in anderen Staaten, die nicht dem Grundsatz der automatischen Anerkennung folgen, wird die Vollstreckung des Auslandsurteils mit der Rechtshilfe in den Zusammenhang gebracht. Die Vollstreckung im Wege der Rechtshilfe ist eine andere Konzeption, die es im Folgenden näher zu erläutern gilt. Es heißt im Artikel 27 des brasilianischen Zivilprozessgesetzbuches (*Código de Processo Civil*), dass die Rechtshilfe (*cooperação jurídica internacional*) unter anderem auch die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen umfasst<sup>3</sup>. Aufgrund der Diskussionen über die Unterzeichnung des Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens durch Brasilien ist dieses Thema wieder sehr aktuell<sup>4</sup>. Bisher wurden die wesentlichen Fortschritte auf diesem Teilgebiet des Internationalen Privatrechts auf regionaler Ebene erreicht, weshalb es sich lohnt, das Verfahren der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen der regionalen Instrumente miteinander zu vergleichen, im Hinblick auf die Erleichterungen, die diese gegenüber nationalem Recht darstellen.

Brasilien ratifizierte das gleich nach der Gründung des MERCOSUR<sup>5</sup> verabschiedete Protokoll von Las Leñas, welches unter anderem die Vollstreckung von Entscheidungen aus den anderen Vertragsstaaten betrifft.<sup>6</sup> Insofern

---

<sup>1</sup> Promovierter der Universität Paris I Panthéon-Sorbonne im Internationalen und Europäischen Recht. Ehemaliger Gastdozent in Brasilien an der *Universidade do Estado do Rio de Janeiro*.

<sup>2</sup> Haager Zustellungsübereinkommen vom 15. November 1965. Dazu in dieser Zeitschrift, T. Klippstein, Perspektiven für eine optimale Kooperation im deutsch-brasilianischen Rechtshilfeverkehr (in Zivilsachen), *DBJV-Mitteilungen*, 2019, Nr. 1, S. 10.

<sup>3</sup> Artikel 27 des Zivilprozessgesetzbuches definiert die Rechtshilfe (*cooperação jurídica internacional*), die folgende Teilgebiete umfasst: I – Zustellung II – Beweisaufnahme und Rechtsauskunft III – Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Entscheidungen IV – Einstweilige Maßnahmen V – internationale Verfahrenshilfe VI – alles weiteren nicht durch brasilianisches Recht verbotenen Maßnahmen.

<sup>4</sup> Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen vom 2. Juli 2019.

<sup>5</sup> Vertrag von Asunción vom 26. März 1991 zur Gründung des MERCOSUR zwischen Argentinien, Brasilien, Paraguay und Uruguay.

<sup>6</sup> Hierzu siehe unter II.

liegen Parallelen zwischen der Harmonisierung des Internationalen Privatrechts im MERCOSUR und in der Europäischen Union vor. Beide internationalen Organisationen zielen auf die Errichtung eines Binnenmarktes auf regionaler Ebene, für dessen Realisierung die Urteilsfreizügigkeit<sup>7</sup> als notwendig erachtet wird.

### 1. Brasilianisches Vollstreckungsrecht

Zunächst liegt es nahe, das brasilianische Recht zur Vollstreckung ausländischer Entscheidungen vorzustellen. Eine Praxisrelevanz ergibt sich bereits daraus, dass das Recht der Vollstreckung in Brasilien sowohl gerichtliche als auch schiedsgerichtliche Entscheidungen betrifft.<sup>8</sup>

Nach Artikel 40 des brasilianischen Zivilprozessgesetzbuches kann die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen auf dem Wege entweder der formellen Anerkennung (*homologação*) oder des Exequaturs ausländischer Rechtshilfersuchen (*carta rogatória*) erreicht werden. Diese beiden Mechanismen sind in einem speziellen Kapitel des Gesetzbuches geregelt (Artikel 960 ff.). Das Rechtshilfersuchen betrifft in der Regel nur einstweilige Maßnahmen (*decisão interlocutório concessiva de medida de urgência*),<sup>9</sup> während das formelle Anerkennungsverfahren grundsätzlich erforderlich ist, damit eine Entscheidung Rechtskraft erlangt und als Vollstreckungstitel gilt.<sup>10</sup> Das Verfahren wird als Delibation (*juízo de delibação*) bezeichnet, was die Neuentscheidung des Sachverhalts ausschließt. Es wird auf diesem Wege überprüft, ob die ausländische Entscheidung wesentlichen Prinzipien der brasilianischen Rechtsordnung entspricht. Seit 2005<sup>11</sup> findet das Verfahren der formellen Anerkennung vor dem Höheren Bundesgericht (*Superior Tribunal de Justiça, STJ*) statt, davor lag die Zuständigkeit beim Obersten Bundesgericht (*Supremo Tribunal Federal, STF*). Es handelt sich um ein zeit- und kostenintensives Verfahren, weshalb sich ein Blick auf regionale Vereinfachungen lohnt.

---

<sup>7</sup> Der freie Urteilsverkehr wird in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bereits in Artikel 220 des Gründungsvertrags erwähnt („die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche“). Im MERCOSUR wird die Verabschiedung eines eigenen Internationalen Privatrechts auf Artikel 1 des Vertrages von Asunción berufen und findet seine Verwirklichung im Protokoll von Las Leñas.

<sup>8</sup> Artikel 960, § 3 Zivilprozessgesetzbuch, wonach die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs sich zwar nach den Bestimmungen von völkerrechtlichen Verträgen und Gesetzen richtet, aber subsidiär die Bestimmungen der Artikel 960 ff. angewendet werden.

<sup>9</sup> Artikel 962 Zivilprozessgesetzbuch.

<sup>10</sup> Artikel 515, VIII Zivilprozessgesetzbuch.

<sup>11</sup> Verfassungsänderung Nr. 45/2004, in Kraft seit Januar 2005.

## 2. Vollstreckungsrecht des MERCOSUR

Das Las Leñas-Protokoll ist in Brasilien seit dem 13. November 1996 in Kraft.<sup>12</sup> Die große Neuheit besteht in der Übermittlung der Rechtshilfeersuchen, welche in der Regel über die zentralen Behörden läuft (Artikel 2). Die von jedem Vertragsstaat ausgewählten Behörden leiten insofern die auf Anerkennung und Vollstreckung gerichteten Rechtshilfeersuchen weiter (Artikel 19). Sie fungieren als Bindeglied zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Richter. Das beschriebene Verfahren wurde jedoch unter anderem aufgrund der Entfernungen in Südamerika schnell als zu umständlich angesehen. So sieht Artikel 19 des Änderungsprotokolls, dessen Inhalt auch im Beitrittsübereinkommen von Bolivien und Chile<sup>13</sup> enthalten ist, die Möglichkeit vor, dass die Parteien die ausländische Entscheidung direkt dem ersuchten Richter vorlegen. Auf diesem Weg bleibt es ihnen erspart, ein Rechtshilfeersuchen im Ursprungsstaat auszulösen. Das Protokoll sieht alternativ sogar die Möglichkeit vor, auf traditionellem Wege die Übermittlung des Rechtshilfeersuchens über diplomatische Kanäle zu leiten.

Die Einführung eines Verfahrens für aus MERCOSUR-Staaten stammende Entscheidungen hat auch zur Folge, dass die Kriterien zur Kontrolle Letzterer durch das MERCOSUR-Recht bestimmt werden. Artikel 20 des Las Leñas-Protokolls sieht folgende Kriterien vor:

- a) Die äußeren Formalitäten der Entscheidung richten sich nach dem Recht des ersuchenden Staates,
- b) die Entscheidung muss in einer der offiziellen Sprachen und in der Übersetzung in die Sprache des ersuchten Staates vorliegen,
- c) die internationale Zuständigkeit richtet sich nach dem Recht der internationalen Gerichtsbarkeit des ersuchten Staates,
- d) die Zustellung an den Beklagten muss die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte der Parteien garantieren,
- e) die Entscheidung muss über Rechtskraft und/oder Vollstreckbarkeit in dem Staat verfügen, in dem sie verkündet wurde,
- f) die öffentliche Ordnung (*ordre public*) im ersuchten Staat muss gewahrt sein.

Hinsichtlich dieser Kriterien stellt sich die Frage der einheitlichen Auslegung in allen MERCOSUR-Staaten. In Bezug auf das Kriterium der Achtung der öffentlichen Ordnung besteht die Gefahr, dass dieses mangels autonomer Auslegung zu weit interpretiert wird. Eine solche Praxis könnte das Ziel der Errichtung eines freien Urteilsverkehrs innerhalb des integrierten Raums

---

<sup>12</sup> Protokoll von Las Leñas über Rechtshilfe in Zivil-, Handels-, Arbeits- und Verwaltungsangelegenheiten, unterzeichnet am 27. Juni 1992.

<sup>13</sup> Das Übereinkommen über die Zusammenarbeit und Rechtshilfe in Zivil-, Handels-, Arbeits- und Verwaltungsangelegenheiten zwischen den Vertragsstaaten des MERCOSUR und den Republiken Bolivien und Chile wurde am 5. Juli 2002 in Buenos Aires unterzeichnet.



gefährden. Dennoch versteht sich der MERCOSUR als eine auf der Zwischenstaatlichkeit beruhende internationale Organisation. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das STJ regelmäßig prüft, ob keine Eingriffe in die nationale Souveränität oder die öffentliche Ordnung, im Sinne des nationalen brasilianischen Rechts, vorliegen, wie dies in Artikel 216-O der Gerichtsordnung des STJ vorgesehen ist.

Neben der Vereinheitlichung der Kontrolle ausländischer Entscheidungen befreit das Protokoll von Las Leñas auch vom Erfordernis der Legalisierung.

Eine der Besonderheiten des Verfahrens zur Vollstreckung im MERCOSUR ist, dass es auf dem Rechtshilfemodell basiert. Das bedeutet, dass ein Rechtshilfeersuchen als Instrument für die Kommunikation zwischen zwei Gerichtsbarkeiten von einem Staat in einen anderen geschickt wird, genauer gesagt von einer Zentralbehörde zu einer anderen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass das Rechtshilfeersuchen anschließend nach nationalem Recht im ersuchten Staat einem Exequaturerfordernis unterliegt (Artikel 961, 1. Absatz des Zivilprozessgesetzbuches), damit die Entscheidung vollstreckbar wird.

Das Rechtshilfemodell als solches beruht auf einer historischen Tradition in Südamerika und fügt sich ein in das brasilianische Recht, das die Zwangsvollstreckung den Gerichten selbst anvertraut (Artikel 965 Zivilprozessgesetzbuch). Das Rechtshilfemodell hat den Nachteil, dass es zeit- und kostenintensiv ist. Insbesondere wurde die Vereinfachung des Verfahrens lange Zeit verstanden als auf die Kommunikation zwischen den Gerichten bezogen. Deshalb wurde auch noch an dem gerichtlichen Verfahren (formelles Anerkennungsverfahren) für die Anerkennung und Vollstreckung festgehalten, um einen Vollstreckungstitel zu erzeugen. Seit dem neuen Zivilprozessgesetzbuch von 2015 wird jedoch endgültig davon ausgegangen, dass Entscheidungen aus den MERCOSUR-Vertragsstaaten nicht mehr dem nationalen formellen Anerkennungsverfahren unterliegen, sondern das Exequatur des Rechtshilfeersuchens genügt.

### 3. Vollstreckungsrecht in der Europäischen Union

Es liegt nun nahe, diese Erleichterungen mit denen im Rahmen der Europäischen Union zu vergleichen. Die Vollstreckung der Urteile wurde schon in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, unter Abstützung auf die Grundfreiheiten, wesentlich erleichtert (Artikel 220 EWG-Vertrag). Das gegenseitige Vertrauen<sup>14</sup> unter Mitgliedstaaten hat zur schrittweisen Abschaffung der

---

<sup>14</sup> Zu den Auswirkungen dieses Prinzips auf das Internationale Privatrecht, cf. *S. Franço*, *Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen*, *Travaux du comité français de droit international privé*, 2016-2018, Pedone, 2019, S. 153 ; S. Leible, *Die Zukunft des Europäischen Zivilprozessrechts*, in: *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, Beck, 2014, S. 381 ; S. Poillot-Peruzzetto, *La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé*, in: M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto (Hrsg.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Peter Lang, 2012, S. 51.

Hindernisse für die Freizügigkeit gerichtlicher Entscheidungen beigetragen. Seit dem Vertrag von Maastricht steht die Kompetenz für das Internationale Privatrecht unter den Vorschriften des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Sie wird durch den Vertrag von Amsterdam den Gesetzgebungsorganen der Europäischen Gemeinschaft übertragen (Artikel 81, § 2 im heutigen AEUV). Hierauf wurden auch die Brüssel I<sup>15</sup>- und die Brüssel Ia<sup>16</sup>-Verordnungen gestützt.

Die in Artikel 45 Brüssel Ia-Verordnung genannten Kriterien zur Versagung der Anerkennung sowie der Vollstreckung<sup>17</sup> ausländischer Urteile entsprechen auf dem ersten Blick denen des MERCOSUR, unterscheiden sich jedoch unter anderem hinsichtlich der Prüfung der Zuständigkeit. Das Exequatur ist heutzutage in der Europäischen Union weitgehend automatisch<sup>18</sup>. Es sei allerdings daran erinnert, dass herkömmlich und bis 2015 das Exequaturverfahren das europaweit vereinheitlichte Verfahren für aus EU-Staaten stammende Entscheidungen war. Die Einführung des Exequaturverfahrens war in Europa dadurch begünstigt worden, dass die Veranlassung der Zwangsvollstreckung von den Gerichten auf Gerichtsvollzieher, die auf Ersuchen der Parteien tätig werden, übergegangen war. Insofern erschien die Vollstreckung im Wege der Rechtshilfe nicht mehr als notwendig<sup>19</sup>. Dennoch musste die auf europäischer Ebene betriebene Vereinfachung im Wege des Exequatur relativiert werden, denn praktische Hürden, in Verbindung mit der Dauer des Verfahrens<sup>20</sup>, bestanden weiterhin. Insofern bestand der Drang nach der Einführung des automatischen Exequatur.

---

<sup>15</sup> Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

<sup>16</sup> Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

<sup>17</sup> Artikel 46 bezüglich der Gründe zur Versagung der Vollstreckung verweist auf den Artikel 45.

<sup>18</sup> Artikel 39 der Brüssel Ia-Verordnung. Es sei auch auf die Artikel 34 § 1 und 45 § 1 Brüssel Iib-Verordnung (Verordnung (EU) 2019/1111 des Rates vom 25. Juni 2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen) verwiesen.

<sup>19</sup> Zu dieser Entwicklung, cf. D. Wiedemann, *Vollstreckbarkeit - Entwicklung, Wirkungserstreckung und Qualifikation im System Brüssel Ia*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, S. 37.

<sup>20</sup> *European Commission*, Summary of the impact assessment, 14.12.2010 – SEC(2010) 1548 final, 3.

\*\*\*

Zum dargestellten Thema fand am Max-Planck-Institut in Hamburg am 17. Februar 2021 eine „Lateinamerikarunde“ statt, in der der Autor auf Einladung von Frau Dr. Wiedemann vortrug. Die Konferenz zielte auf eine vergleichende Darstellung, nachdem das Europäische Exequaturmodell durch die Veranstalterin präsentiert worden war. Durch die direkte Gegenüberstellung beider Modelle galt es, die Besonderheiten des Rechts der auf die Integration von Binnenmärkten gerichteten internationalen Organisationen hervorzuheben. Einer der Konferenzteilnehmer ging unter anderem auf das Gesetzgebungsverfahren im MERCOSUR ein, welches davon abhängig wäre, dass nach Verabschiedung der Organakte alle Vertragsstaaten diese in ihr nationales Recht „inkorporierten“ (Artikel 40 des Protokolls von Ouro Preto<sup>21</sup>). Abkommen hingegen müssten von jedem Vertragsstaat ratifiziert werden. Insofern sei auch das Protokoll zur Reformierung des Las Leñas-Protokolls nie in Kraft getreten, weil Uruguay die Ratifizierung in das nationale Recht nie vollzogen habe. Die darin vorgesehenen Veränderungen sind jedoch ebenfalls im Beitrittsübereinkommen von Bolivien und Chile enthalten, welches mittlerweile in allen MERCOSUR-Staaten außer Uruguay geltendes Recht ist. Dies führte auch einen Teilnehmer dazu, die institutionellen Unterschiede sowie solche hinsichtlich der materiellen Kompetenzen zwischen der EU und dem MERCOSUR anzusprechen. Das Protokoll von Las Leñas Sorge weiterhin für ein kompliziertes Verfahren und in der Praxis sei es manchmal leichter, in Argentinien Entscheidungen aus Drittstaaten zu vollstrecken. Brasilien verlange grundsätzlich für ausländische Entscheidungen ein gerichtliches Delibationsverfahren, hierzu stelle das MERCOSUR-Recht eine Ausnahme dar. Einer des Beitragenden wies auf die Zuständigkeit des Höheren Bundesgerichts in Brasilien für das Exequatur des Rechtshilfeersuchens hin, welche weiterhin bestünde und zur Zentralisierung der Rechtsprechung auf dem Gebiet beitrüge. Außerdem handele es sich um ein vereinfachtes Delibationsverfahren, in dem nur die Vereinbarkeit mit wesentlichen Prinzipien des nationalen Rechtssystems geprüft wird. Es wurde ein Beispiel hinzugefügt, wonach in Deutschland einmal eine brasilianische Entscheidung vollstreckt werden sollte, was 20 Jahre gedauert hätte, denn die Entscheidung durchliefe alle Instanzen bis zum Bundesgerichtshof<sup>22</sup>. Dies sei ein Argument für die Konzentration des Verfahrens bei dem Oberen Gerichtshof. Um den Einfluss des regionalen Internationalen Privatrechts auf das nationale zu bemessen, müssten auch eventuelle Hürden aus dem Verfassungsrecht in Betracht gezogen werden. Eine andere Teilnehmerin erwähnte die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur *ordre public*-Kontrolle<sup>23</sup> im Wege des Verfahrens zur

---

<sup>21</sup> Zusatzprotokoll zum Asunción-Vertrag über die institutionelle Struktur des Mercosur, unterzeichnet am 17. Dezember 1994.

<sup>22</sup> Hierzu *J. Samtleben*, Internationale Prozessführung in Deutschland und in Brasilien nach dem neuen CPC, DBJV-Mitteilungen, 2018, Nr. 2, S. 11 ff.

<sup>23</sup> Für die erwähnte Rechtsprechung, EuGH, 28. März 2000, C-7/98, Krombach; 2. April 2009, C-394/07, Gambazzi.

Versagung der Vollstreckung im Rahmen der Brüssel Ia-Verordnung. Dies veranlasste auch dazu, über eine einheitliche Auslegung des Rechts im MERCOSUR nachzudenken und auf die Rolle des Permanenten Schiedsgerichtshofs (*Tribunal Permanente de Revisão*) dieser Internationalen Organisation einzugehen.

Die anschließende Diskussion gab die Möglichkeit, regionale Fortschritte zu reflektieren, die eine globale Lösung für möglich erscheinen ließen. Im Kontext der Verabschiedung des Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens, welches bereits von Uruguay als erstem lateinamerikanischen Staat unterzeichnet wurde und zu dem auch Brasilien Beitrittsintentionen geltend machen könnte, erschien eine nochmalige Berufung auf regionale Instrumente hilfreich. Einer der Professoren drang auf die Frage eines gemeinsamen Standpunktes südamerikanischer Staaten auf dem Gebiet. Dies erschien insofern spannend, als die Europäische Union als internationale Organisation dem Haager Übereinkommen beitreten würde. Es ging weiterhin um die Abwesenheit südamerikanischer Staaten bei den Unterzeichnern des Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. Juni 2005<sup>24</sup>. Andere Bemerkungen führten zur geringen Rolle des Internationalen Privatrechts im Verhältnis zur Schiedsgerichtsbarkeit<sup>25</sup>, die in vielen Ländern auf dem Kontinent eine große Rolle spiele. Auch die Einflüsse des *UNCITRAL Model Law* in Staaten Südamerikas wurden angesprochen<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Hierzu bereits *J. Samtleben*, Clausulas de jurisdicción y sumisión al foro en América Latina, in: Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, S. 495.

<sup>25</sup> Cf. *J. Samtleben*, [Rezension] El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulacion presente y tendencias de futuro. (Directores) Adriana Zapata de Arbelaz, Silvia Barona Vilar, Carlos Esplugues Mota. (Bogota) Universidad externada de Colombia (2010). 751 S., *RebelsZ*, 2013, S. 677.

<sup>26</sup> Ein Gesetz Nr. 14.112/2020 ist in Brasilien am 23. Januar 2021 in Kraft getreten, wodurch das Land das *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* vom 30. Mai 1997 übernommen hat.

# Controle de Preços Abusivos durante a Pandemia: Uma Arbitrariedade Jurídica em Prejuízo da Economia<sup>1</sup>

von  
EDUARDO CARUSO CUNHA<sup>2</sup>

**Resumo:** Com a pandemia, avolumam-se as propostas de legislação para limitação de preços denominados abusivos. Há, entretanto, grandes obstáculos não apenas para a definição do que seja preço abusivo, mas também para estabelecer qual seria o "preço justo" que lhe deva substituir. O presente trabalho procura demonstrar que, ao contrário do que prega a doutrina do *iustum pretium* desde Diocleciano, o preço justo — e, por consequência, de preço abusivo — não é uma qualidade intrínseca de cada bem passível de ser identificada pelo legislador ou juiz, mas aquele formado em decorrência do processo concorrencial conforme as condições atuais de mercado. Em uma economia de mercado, preços formam um sistema de sinais cuja serventia é a coordenação e orientação dos agentes econômicos, devendo indicar com precisão o grau de escassez de todos os produtos e serviços para bem cumprir sua função. Com a intervenção direta do poder público no sistema de preços, o setor produtivo perde seu elemento orientador, com o resultado de aumentar o desequilíbrio entre oferta e demanda já naturalmente causado pela pandemia.

## 1. Introdução

O ano de 2020 trouxe consigo o que pode ser considerado, sem exageros, uma das maiores crises da história recente. A Chanceler alemã Angela Merkel, reconhecida por sua objetividade e comedido pragmatismo, dirigiu-se à nação em raro pronunciamento para chamar a atenção para a gravidade da pandemia causada pelo SARS-CoV-2, que qualificou como o maior desafio da sociedade alemã desde o fim da Segunda Guerra Mundial.<sup>3</sup> Tal desafio certamente não é exclusivo da Alemanha ou da Europa, mas de todo o planeta.

Concomitantemente à chegada do vírus, tivemos toda oportunidade de verificar um fenômeno talvez tão desagradável quanto a própria pandemia: os preços de determinados produtos e serviços dispararam. No Brasil produtos

---

<sup>1</sup> A ser publicado na obra coletiva “Os Impactos do Coronavírus no Direito”.

<sup>2</sup> Pesquisador da Freie Universität Berlin, Master of Business Law (FU-Berlin), Mestre em Direito (UFRGS).

<sup>3</sup> Pronunciamento legendado em língua portuguesa disponível no website da *Deutsche Welle* em [<https://www.dw.com/pt-br/o-apelo-inédito-de-merkel-devido-ao-coronav%C3%ADrus/av-52844181>]. Último acesso: 28.08.2020.

como álcool gel, máscaras cirúrgicas, papel higiênico, entre outros artigos tiveram seus preços aumentados, em curto espaço de tempo, em pelo menos 161%.<sup>4</sup> Na Alemanha, farmácias estariam cobrando por álcool gel um valor 6 vezes maior do que o preço final recomendado pelo fabricante.<sup>5</sup> Aos olhos da população — tanto na Europa, quanto no Brasil —, comerciantes gananciosos passaram a lucrar com a pandemia e o sofrimento alheio, aproveitando-se da calamidade pública para cobrar preços abusivos e explorar os consumidores.

Diante de tal quadro, foram apresentadas inúmeras propostas ao Parlamento brasileiro com projetos de lei para combater “preços abusivos” em diversos setores da economia durante a pandemia do Covid-19. A esse respeito, vale fazer menção ao Projeto de Lei nº 881, de 2020, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues - REDE/AP, que “Dispõe sobre o congelamento de preços de medicamentos durante a vigência da Pandemia de Coronavírus”; ao Projeto de Lei nº 1.008, de 2020, do Deputado Túlio Gadêlha - PDT/PE, que “dispõe sobre o controle do Estado no combate à manipulação e ao abuso de preços em casos de decretação de Pandemia ou Estado de Calamidade Pública”; bem como ao Projeto de Lei (PL) 1.166/2020, do senador Alvaro Dias - PODEMOS/PR, que “estabelece teto de 20% ao ano para todas as modalidades de crédito ofertadas por meio de cartões de crédito e cheque especial para todas as dívidas contraídas entre os meses de março de 2020 e julho de 2021.”

Ao contrário do que sugere a simplicidade da proposta — limitação de preço —, a questão é na verdade matéria de grande complexidade e coloca em risco o próprio abastecimento do país. A questão central que se coloca é a seguinte: o que torna um preço abusivo? Sua causa seria meramente a ganância e má-fé do comerciante? Em caso positivo, a intervenção direta do poder estatal nos preços de mercado é o melhor remédio? Quais os reflexos para a economia causados pelas medidas de intervenção e repressão?

## 2. A Doutrina do Preço Justo (*Iustum Pretium*)

Uma rápida leitura das frases introdutórias do Édito de Preços do Imperador Diocleciano do ano 301 d.C.<sup>6</sup> nos mostra que, em termos de intervenção do Estado na economia, muito pouco se evoluiu no curso dos últimos 1700 anos: aos olhos do governante e da população, a única razão para aumento de preços era — tanto na Roma em decadência, quanto nos dias de hoje — a mera ganância humana por lucro e dinheiro.

---

<sup>4</sup> Veja-se, por todos e a título de exemplo, reportagem do portal UOL com o título: *Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar?* Disponível em [https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controla-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus.htm]. Último acesso 28.08.2020.

<sup>5</sup> Reportagem do canal *Westdeutscher Rundfunk*, disponível em [https://www1.wdr.de/nachrichten/themen/coronavirus/coronavirus-desinfektionsmittel-100.html]. Último acesso: 28.08.2020.

<sup>6</sup> Original: *Edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium*.

No preâmbulo do referido documento vão explicitadas as razões e a finalidade do Édito em um estilo oficioso e elaborado: após uma referência à exitosa — mas duramente conquistada — restauração da paz e segurança no Império, afirma-se que a crescente usura dos preços estava causando prejuízos econômicos tão graves, sobretudo ao Exército, que uma "intervenção" do governo responsável pelo bem comum havia se tornado inevitável. Portanto, os preços foram fixados em uma tabela anexa, bastante ampla e minuciosa, que disciplinava os preços de uma enorme gama de bens e serviços disponíveis no comércio, inclusive os salários que deveriam ser pagos em virtude de trabalho. A violação era punível com nada menos do que a pena de morte. O preço ditado, bem entendido, devia ser considerado como o preço máximo admissível.<sup>7</sup>

Referido Édito Imperial se deu em sequência a uma dura desvalorização monetária no século IV. Depois de Aureliano, Diocleciano também havia realizado uma reforma monetária por volta de 294 d.C., adotando uma nova moeda que passou a ser chamada de *follis* — o nome, no entanto, só é documentado um pouco mais tarde — e que sofreu uma forte desvalorização inflacionária quase que desde o seu surgimento. No ano 301 d.C. o Imperador tenta, portanto, deter a acentuada perda do poder de compra da moeda pelo famoso Édito de Preços. A despeito do rigor da punição, a medida de Diocleciano não escapou de ser um estrondoso fracasso, tal qual todas as semelhantes tentativas em tempos modernos de imposição de preço por medida de Estado: as mercadorias desapareceram do mercado e passaram a comercializadas ilegalmente. Os assalariados, sobretudo os funcionários públicos, entraram em grandes dificuldades e o Édito vai então revogado após um curto período de tempo.<sup>8</sup>

Além da medida buscando proteger os compradores dos prejuízos com a progressiva desvalorização da moeda no decorrer do século IV d.C., Diocleciano introduziu ainda uma outra importante inovação no direito romano, desta vez a fim de proteger os vendedores. Com o sistema de preço livre até então vigente em Roma<sup>9</sup> tornando-se cada vez mais difícil de ser suportado, Diocleciano introduziu, por ocasião da venda de propriedades imóveis e a fim de proteger os vendedores em vendas de emergência contra preços insuficientes, a impugnação por *laesio enormis* (do lat. “prejuízo excessivo”, “lesão excessiva”). Com base nesse rescrito, o vendedor poderia dissolver o contrato e exigir a devolução do objeto da venda contra reembolso do preço caso este seja inferior à metade do “valor efetivo” do objeto da venda. O comprador poderia, no entanto, manter o contrato complementando o valor pago até atingir o valor estimado do bem.

<sup>7</sup> LAUFFER, Siegfried. *Diokletians Preisedikt*. Berlin: Walter De Gruyter & Co., 1971. pp. 3-4.

<sup>8</sup> PEKÁRY, Thomas. *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*. Wiesbaden: Franz Steiner, 1976. p. 126.

<sup>9</sup> Até então, a negociação do preço era questão a ser tratada e livremente discutida entre comprador e vendedor. Veja-se JÖRS, Paul. *Römisches Recht*. 2. Auf. Heidelberg/Berlin: Springer Verlag, 1935. §142.

Assim surgiu, pela primeira vez — pelo menos no mundo jurídico — a ideia de que todo o bem teria o seu “preço justo” (*iustum pretium*) e que quaisquer desvios desse preço deveriam ser desaprovados. Tal regra, após cair em desuso, foi restabelecida por Justiniano por interpolação em dois rescritos dos imperadores Diocleciano e Maximiano.<sup>10</sup> No plano econômico-filosófico, as bases para uma análise da dicotomia entre preço e valor já vinham sendo investigadas pelo menos desde Aristóteles e suas preocupações com o problema ético da justiça em preços — a denominada justiça comutativa.<sup>11</sup> Sabidamente Aristóteles não conseguiu oferecer qualquer teoria do valor e preço em sua busca por um cânone para justiça em preços, porém suas ideias formaram a base para um modelo de análise econômico (análise de preço e valor) que influenciou estudiosos até os dias de hoje.<sup>12</sup>

A doutrina do *iustum pretium* e do desfazimento de contrato por *laesio enormis* alcançaram entretanto um reconhecimento geral apenas na Alta Idade Média, já sob forte influência da lei canônica, o que pode ser verificado já a partir de São Tomás de Aquino, em que postula — tal como Aristóteles — a existência de um “valor objetivo” intrínseco a todo bem, que consiste na estimação geral (*justum pretium... in quadam aestimatione consistit*),<sup>13</sup> ideia que seguiu com grande relevância pelo menos até o século XIX. A título de exemplo, a impugnação por *laesio enormis* encontrou espaço, sob muita controvérsia, no Código Napoleônico, pesando em seu favor a posição de Napoleão, que enfatizou a necessidade de proteger os proprietários de terras que haviam caído em dificuldades em consequência dos levantes revolucionários.<sup>14</sup>

De evidência que os limites do presente trabalho não comportariam uma análise em maior detalhe da evolução da teoria do valor ao longo da história, nem é este o propósito aqui. Importante é apenas ressaltar alguns aspectos que seguem relevantes até os nossos tempos. A primeira delas é que, mesmo depois de séculos de reflexão, a doutrina do preço justo jamais foi capaz de oferecer uma aplicação prática que permitisse razoavelmente identificar qual, afinal de contas, seria o preço efetivamente justo de um bem ou serviço. A esse respeito, vale fazer menção, por exemplo, aos esforços ligados à solução do paradoxo do valor (também conhecido como paradoxo diamante-água), relativamente à contradição de que, embora a água seja em geral mais

---

<sup>10</sup> JÖRS, Paul. *Römisches Recht*. 2. Auf. Heidelberg/Berlin: Springer Verlag, 1935. §142.

<sup>11</sup> Veja-se ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. Transl. by W.D.Ross. Book V, n. 5. Disponível em [http://classics.mit.edu/Aristotle/nicomachaen.5.v.html]. Último Acesso: 28.08.2020.

<sup>12</sup> Sobre a contribuição de Aristóteles à análise econômica, veja-se: SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ed. by Elizabeth B. Schumpeter. London: Routledge, 1994. p. 60-61.

<sup>13</sup> THOMAS DE AQUINO. *Summa Theologicae*. Secunda Pars, Secundae Partis, Quaestio 77. Disponível em [http://www.unifr.ch/bkv/summa/kapitel593-1.htm]. Último acesso: 28.08.2020.

<sup>14</sup> KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 17. Auf. München: C.H. Beck, 2003. §41, n. 14.



essencial em termos de sobrevivência e necessidade do que os diamantes, são os diamantes que possuem um valor mais elevado no mercado.<sup>15</sup>

Por outro lado, a idéia de que há um valor justo intrínseco para cada produto torna toda flutuação de preço mero fruto da especulação, avareza e usura do comerciante. Um bom exemplo disso pode ser visto na França entre os séculos XVII e XVIII, sobretudo durante o reinado de Luís XV, em que iniciou-se o processo de liberalização do comércio de grãos. Conforme o relato de Steve Kaplan, àquela época a reputação dos comerciantes era execrável, sendo a visão da polícia e do povo em relação a eles bastante ambivalente: “se por um lado os comerciantes eram absolutamente necessários para a função pública de abastecimento da população, de outro lado as autoridades não conseguiam deixar de pensar que o comércio tendia a recrutar homens de caráter desprezível, que abrigavam desígnios malignos: afinal, a especulação estava na natureza do comércio e quem, senão homens desprezíveis, especularia com a subsistência de seus concidadãos?”<sup>16</sup> Com essa linha de pensamento, há registro de inúmeras queixas e sentenças contra comerciantes, acusados pelas autoridades em razão de qualquer elevação de preços e condenados independentemente de suas práticas comerciais *per se*, vale dizer, sem escrutínio de fatores como custo habitual, escala de salários, elasticidade da demanda e a probabilidade de recuperação da colheita. Tais queixas e condenações baseavam-se apenas na noção casuística e empírica de “preço justo”, desprovida de qualquer teoria coerente de justiça social ou comutativa.

O preço justo, segundo essas autoridades, era meramente um preço qualquer que não “desagradasse” aos comerciantes nem “ferisse” demasiadamente os consumidores, sem nenhum critério além de um obscuro e arbitrário “ideal de moderação”, variável ao sabor das circunstâncias. Um preço era considerado justo, portanto, quando os comerciantes se acomodavam a um lucro moderado e as pessoas, que já viviam em um estado de miséria crônica, não sofriam em demasiado, vale dizer, não mais do que normalmente já sofriam. Assim, em momentos tranquilos o preço justo era simplesmente o preço atual, fixado por estimativa comum e não imposto por manobras mercantis ou por decreto governamental.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Sobre os estudos de pensadores italianos que se ocuparam do paradoxo, a partir de Davanzati (Leizione delle moneta, anno 1588), veja-se SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ed. by Elizabeth B. Schumpeter. London: Routledge, 1994. p. 300 e ss.

<sup>16</sup> KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976. pp. 54-55.

<sup>17</sup> KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976. pp. 58-59.

### 3. Controle de Preços: Inevitável Recurso à Arbitrariedade

A partir do relato de Kaplan, resta claro que as práticas do Estado brasileiro — e de toda intervenção direta no sistema de preços<sup>18</sup> — para controle do assim chamado “preço abusivo”, tal como ainda hoje em discussão, pouco se diferenciam daquelas verificadas na França do *ancien régime*. O Projeto de Lei (PL) 1.166/2020 propunha originalmente limitar juros de cartão de crédito em 20% ao ano, já sofreu uma emenda para elevar tal limite a 30% a.a., tudo aparentemente com base no mesmo arbitrário “ideal de moderação” tipicamente empregado por qualquer *lieutenant général de police* de Paris, quando o preço dos grãos no século XVIII se elevavam *sans raison aucune*.

Mesmo instrumentos já estabelecidos de intervenção direta no preço ao consumidor seguem sem qualquer critério ou mesmo ponto de partida razoavelmente palpável para a análise da abusividade do preço. Exemplo disso é o remédio previsto com base no Art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor, que permite a autoridades públicas que promovam intervenção direta em preço de mercado caso se mostrem “arbitrários, leoninos ou abusivos”, com base em “análise casuística que o juiz e autoridade administrativa fazem, diante de fato concreto”,<sup>19</sup> ou seja, com os mesmos critérios vagos e subjetivos da autoridade francesa no século XVII e XVIII, que censuravam “repentinos aumentos de preço sem qualquer fundamento”.<sup>20</sup> Embora o autor do referido dispositivo do anteprojeto se esforce em mencionar que “não se trate de tabelamento de preços”, fato é que essas medidas, como se verá adiante, têm os mesmos efeitos nefastos de qualquer tabelamento.

No que aparentemente constitui a melhor tentativa de sistematizar critérios para aplicação do Art. 39, X, do CDC e alcançar uma redução da subjetividade em sua aplicação, Bruno Miragem propõe seja adotado um parâmetro de “anormalidade da conduta do fornecedor que leva à violação do princípio da equivalência material”, a ser revelada pelo “excesso quantitativo do aumento” — apurado com base em custos de produção — e excesso qualitativo, decorrente de falsas justificativas para aumento de preço ou exploração de uma situação de dependência do consumidor.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> As práticas de controle de preço existentes e em discussão no Brasil são citadas aqui exemplificadamente, na medida em que evidentemente tais não são exclusividade do Brasil. A esse respeito, vale mencionar, entre tantos, não apenas as recentes medidas de países vizinhos como a Argentina, mas também a legislação de inúmeros estados norte-americanos, que possuem legislação contra o chamado *price gouging*.

<sup>19</sup> HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio. Das práticas comerciais (Cap. V). In GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. pp. 393-394.

<sup>20</sup> KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976. p. 57.

<sup>21</sup> MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 104 (mar.-abr. 2016), pp. 99-127.

O critério proposto quanto à “anormalidade da conduta em violação ao princípio da equivalência material”, entretanto, não é apto a garantir maior objetividade a medidas empíricas de intervenção em preços. Primeiramente, o aspecto quantitativo sugerido não indica a partir de qual ponto um aumento é excessivo. Quanto ao critério qualitativo, não existe nenhuma falsa justificativa para aumento de preços em uma economia de mercado, cuja causa é sempre a mesma (desequilíbrio entre oferta e demanda), que pode ou não ser causada por conduta comercial atribuível ao fornecedor.

De qualquer maneira, a mera imposição de limitação de preço está longe de ser um instrumento adequado para lidar com o problema, ainda que a causa da elevação de preços seja a existência de poder de mercado. Tal se deve, antes de tudo, ao grande equívoco da idéia de “equivalência material”: nenhum objeto possui um valor intrínseco, objetivamente determinável; valor é sempre um juízo subjetivo de um agente em relação a um objeto econômico.<sup>22</sup> Qualquer que seja a sua natureza — econômico, moral, ético, etc. —, valor é uma percepção estritamente subjetiva: nada é valioso *per se*, nada é inútil em si mesmo, mas valor e insignificância são juízos perfeitamente atribuíveis ao mesmo objeto, conforme à percepção subjetiva do indivíduo em relação a ele. A inexistência de um valor intrínseco e objetivamente determinável da coisa é, portanto, circunstância que impede de maneira incontornável o uso da doutrina do preço justo para fins de justiça, tornando a intervenção do agente estatal nos preços de mercado um ato de pura arbitrariedade, vale dizer, de mera substituição do arbítrio das partes pelo arbítrio público.

A grande questão aqui, por outro lado, não diz respeito apenas à incontornável impossibilidade do Estado fazer justiça no caso concreto. Bem mais relevante é o fato de que a referida intervenção pública arbitrária nos preços de mercado, seja ou não em tempos de crise ou pandemia, causam graves distorções ao sistema ordenador do mercado e regulador da economia, colocando em sério risco o abastecimento da sociedade e a melhor alocação de recursos para atendimento das necessidades econômicas do consumidor. Aqui vale a regra: quanto mais generalizada for a intervenção direta no sistema de preços, maior o prejuízo social por má alocação de recursos (causadora, conforme o caso, de desabastecimento ou desperdício). Isso pode ser melhor demonstrado através da teoria da ordem econômica, tal como inicialmente concebida por Max Weber mas amplamente desenvolvida pelo economista Walter Eucken, cujo trabalho deu início à chamada Escola de Freiburg e deu origem ao chamado ordoliberalismo alemão, base do modelo econômico adotado pela Alemanha Ocidental após a Segunda Guerra Mundial.

---

<sup>22</sup> OERTMANN, Paul. *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Iuris Civilis*. Berlin: R. L. Prager Verlag, 1891. p. 39 ff.

#### 4. Teoria da Ordem Econômica

Ainda que a análise econômica tenha ganhado em complexidade a partir da metade do século XIX, sobretudo após o maior emprego da abordagem matemática a partir da influente obra de Antoine-Augustin Cournot,<sup>23</sup> o fato é que o pensamento econômico em grande parte nunca abandonou completamente a ideia de preço ligada a uma teoria do valor, ou seja, uma análise de equivalência entre preço e valor.<sup>24</sup>

Entretanto, mesmo o emprego da mais sofisticada análise matemática jamais permitiu à teoria econômica ultrapassar os limites da mera descrição de padrões teórico-abstratos, conhecimento que jamais autorizou quaisquer previsões precisas de fenômenos econômicos específicos tais como ocorre, por exemplo, na física ou na química. Mesmo se considerados os complexos sistemas de equações simultâneas representativas das relações gerais entre preços e quantidades de todas as mercadorias compradas e vendidas — segundo as quais seria teoricamente possível calcular preços e quantidades de todas as mercadorias apenas com o preenchimento dos parâmetros dessas equações —, na prática tal tarefa sempre se mostrou impossível, sendo que os próprios fundadores desta teoria entenderam claramente que seria "absurdo" supor que todos os dados necessários pudessem ser efetivamente apurados.<sup>25</sup> O problema econômico, como de regra acontece com todo fenômeno social, depende de um número tão grande de circunstâncias condicionantes que possivelmente um investigador jamais estará apto a averiguar todas, fazendo com que o ideal de previsão e controle de eventos específicos permaneça em grande parte fora do controle humano.<sup>26</sup>

Primeiro pensador a finalmente romper com enfoque de preço e valor e buscar uma abordagem inteiramente nova para o problema fundamental da alocação econômica foi o economista alemão Walter Eucken, apontado como o grande iniciador da Escola de Freiburg (também chamada Escola Ordoliberal),<sup>27</sup> apontada como formadora da base teórica que caracteriza a

---

<sup>23</sup> COURNOT, Antoine-Augustin. *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*. Paris: Hachette, 1838.

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010. p. 118. A respeito da evolução da teoria de mercado até a escola neoclássica ou marginalista, que mantém uma concepção de mercado e de concorrência baseada em uma análise de relações de preço-custo, veja-se HOVENKAMP, Herbert. *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*. In SULLIVAN, E. THOMAS. *The Political Economy of the Sherman Act. The first One Hundred Years*. New York/Oxford: Oxford Univ. Press, 1991. p. 141 and ss.

<sup>25</sup> PARETO, Vilfredo. *Manuel d'économie politique*. Trad. Alfred Bonnet. Paris: Giard et Brière, 1909. para. 217, pp. 233-234.

<sup>26</sup> HAYEK, Friedrich A. von. *The Theory of Complex Phenomena*. In MARTIN, Michael; MCINTYRE, Lee (Eds.). *Readings in the Philosophy of Social Science*. Cambridge(MA): MIT Press, 2000. pp. 55-70.

<sup>27</sup> Para von Hayek, ganhador do Nobel de Economia em 1974, Eucken é "provavelmente o pensador mais sério no campo da filosofia social que a Alemanha produziu nos últimos 100 anos." HAYEK, Friedrich A. von. *Die Wiederentdeckung der Freiheit — Persönliche*

ordem econômica da Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial e da União Europeia. Walter Eucken é, sem dúvidas, o mais importante e influente economista alemão do pós-guerra. Para ele, o problema econômico não poderia ser abordado através da análise de relações de preço e valor ou preço e custo, mas apenas sob a perspectiva das diversas ordens sociais (econômica, jurídica, política, social *stricto sensu*), que são interdependentes. Em outras palavras, o problema deveria ser investigado dentro do contexto das ordens (*Denken in Ordnungen*).

#### a) A ambivalência do problema fundamental

Em sua obra *Grundlagen der Nationalökonomie* ("Fundamentos da Economia Nacional")<sup>28</sup> publicada em 1939, Eucken abandona expressamente as bases da influente Escola historicista alemã de economia e busca uma nova perspectiva de tratar o problema da alocação econômica, partindo diretamente do que chamou de "problema fundamental". No epicentro de tudo, segundo ele, estava na questão a respeito de quem deve controlar o fluxo econômico (*Lenkung des Wirtschaftsprozesses*), sintetizada em uma única pergunta: "Como ocorre o controle da enorme inter-relação causada pela divisão do trabalho, da qual depende o abastecimento de cada ser humano com bens"?

Pense-se, por exemplo, em um observador à janela de um avião, sobrevoando uma larga extensão de terras divididas em diversos lotes, cada um cultivado com os mais diversos tipos de alimentos. Quem define, por exemplo, o que e quanto plantar em cada lote? Quem define o destino dessa produção (p.ex., quanto do trigo será utilizado para fazer pão, quanto para cerveja, quanto para biscoitos e assim por diante?). Quem define a técnica a ser empregada, a quantidade de empregados que deve ser alocada nas diversas atividades (plantio, colheita, comercialização, recepção, etc.)? Deve-se investir na aquisição de equipamentos mais modernos? É possível encurtar de alguma forma o tempo entre plantio e colheita?

Este problema fundamental tem, para Eucken, uma natureza dupla: por um lado, é individual-histórico e, portanto, muito diversificado dependendo do lugar e do tempo, variando de acordo com os diferentes costumes e idéias. Sob esta perspectiva, o problema deve ser tratado com base na respectiva situação histórica global, não separada do contexto histórico.<sup>29</sup> Por outro lado, é também um problema teórico-geral, já que a realidade é tão complexa que não pode ser reconhecida pela observação direta. Eucken chama esta ambivalência de "grande antinomia", que só pode ser superada considerando as duas abordagens simultaneamente.

---

Erinnerungen. In *Produktivität, Eigenverantwortung, Beschäftigung. Für eine wirtschaftspolitische Vorwärtsstrategie*. Ed. por Verband der Deutschen Maschinen- und Anlagenbau e Institut der deutschen Wirtschaft. Köln: Deutscher Instituts Verlag, 1983. pp. 9-22.

<sup>28</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 2.

<sup>29</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 18.

Reconhecendo que "o pensamento econômico tradicional fracassa diante da grande antinomia", Eucken parte para uma abordagem completamente nova,<sup>30</sup> acrescentando que a única maneira de lidar adequadamente com a antinomia é pensar em termos de ordens econômicas. "Em que ordem econômica o sistema geral de divisão do trabalho se materializa?"<sup>31</sup>

Walter Eucken define ordem econômica como "a totalidade das formas em que o controle do processo econômico cotidiano se dá em concreto".<sup>32</sup> Cada plano econômico e cada ação econômica, em cada país, a qualquer momento da história, é sempre realizada dentro da estrutura de alguma ordem econômica, ou seja, dentro de certas formas.<sup>33</sup> É irrelevante se esta ordem econômica de fato, historicamente dada, seja ruim e insatisfatória: mas sem uma ordem, a atividade econômica seria impraticável.<sup>34</sup> É bem verdade que a composição das ordens existentes podem ser bastante diversa em cada caso, porém o número de "formas puras" de ordem é bem mais administrável. Tal qual um grande número de palavras podem ser formadas a partir da combinação de duas dúzias de letras, uma ordem econômica concreta é formada pela combinação das ordens puras.<sup>35</sup>

Partindo do planejamento da atividade econômica, característica comum a todas as ordens,<sup>36</sup> ele chega assim às "duas formas básicas puras e constitutivas que a investigação histórica encontrou em todas as épocas: o sistema econômico ideal-tipo da "economia planejada centralmente" e o sistema econômico da "economia de trocas" ou de mercado, através das quais Eucken busca tornar compreensível "a estrutura das ordens econômicas concretas", ganhar uma base para análise de questões teóricas e, assim, reconhecer o processo econômico em seu contexto.<sup>37</sup>

---

<sup>30</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 67.

<sup>31</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 50.

<sup>32</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 180.

<sup>33</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 50.

<sup>34</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 50

<sup>35</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 72.

<sup>36</sup> "O diretor de cada entidade econômica age em cada caso com base em um plano de ação... "Sem planos... as pessoas nunca operam". O planejamento da atividade é, portanto, elemento chave para a análise, ou, nas palavras de Eucken, "a porta através da qual a teoria pode penetrar na realidade econômica". EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. pp. 78 e 230.

<sup>37</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 124.

## b) Tipos de ordem e a superioridade da economia de mercado

A primeira ordem pura, segundo Eucken, é a "economia de planejamento central", caracterizada por um plano elaborado por uma autoridade estatal, segundo o qual todas as decisões econômicas relevantes relacionadas à produção são determinadas pela administração central: preços, quantidades a serem produzidas em um determinado período, técnicas a serem aplicadas, quais e quantos trabalhadores devem operar em uma determinada posição, etc., exatamente como observado nos países socialistas a partir de meados do século XX. Todas as decisões de alocação relevantes são tomadas por uma autoridade central e impostas por lei. Eucken levanta dúvidas quanto à viabilidade de um sistema planejado centralizadamente. Acima de tudo, faltaria um esquema confiável de medição de desempenho que permitisse à autoridade central reagir em caso de ser necessária alguma correção. Sem possibilidade de medição de desempenho, ao preparar o próximo plano de ação a autoridade estaria sem qualquer critério para eventual ajuste das atividades e, portanto, tateando no escuro.<sup>38</sup>

Além disso, a complexidade de todos os processos econômicos dentro de uma sociedade moderna torna a tarefa da autoridade central impraticável, especialmente considerando a falta de um método apropriado para determinar a escassez tanto dos meios de produção quanto dos produtos finais. As autoridades não são capazes, como resultado, de alocar a força de trabalho e os meios materiais de produção existentes de acordo com a real escassez.<sup>39</sup> Não por acaso, toda sociedade que adotou uma ordem econômica de decisão centralizada foi conduzida ao desastre econômico em um relativamente curto espaço de tempo — e.g. Estados socialistas do Leste Europeu, Cuba, etc.).

A segunda ordem econômica pura apontada por Eucken foi a denominada "economia de trocas", caracterizada por tantos planos econômicos quanto o número de agentes econômicos individuais. Diferentemente do plano central, o plano individual dos sujeitos econômicos na economia de troca abrange apenas uma pequena parte de todo o processo econômico-social que se realiza. Esta incompletude impõe aos agentes individuais a consideração necessária de sua contraparte de mercado e de seu concorrente. Todos esses planos parciais devem, portanto, ser coordenados, o que acontece através da definição de uma escala de valores — basicamente expressa em uma quantia de dinheiro —, um sistema de preços indicando adequadamente a escassez e um método de medição de desempenho (lucro).<sup>40</sup>

Definidas as formas puras, não haveria a menor dúvida quanto à superioridade da ordem econômica baseada no controle do processo

---

<sup>38</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 79.

<sup>39</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 80.

<sup>40</sup> EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989. p. 88 e ss.

econômico por planos individuais. É que “produção” envolve a combinação de inúmeros itens complementares que podem ser agregados com um número incalculável de possibilidades. A combinação ideal desses meios de produção requer decisões rápidas e um processo constante de ajuste, para o qual os agentes econômicos precisam de uma certa esfera de liberdade, caso contrário não podem proceder esse difícil, contínuo e crucial ajuste de rumos.<sup>41</sup> A rápida decisão sobre a combinação otimizada dos meios de produção é central para a realização do processo econômico e é a expressão de um plano correspondente da unidade econômica, que é realizado *ex ante*: a distribuição dos trabalhadores entre os empregos, da terra entre os cultivos, etc. Por outro lado, é também crucial dispor de um instrumento que permita a verificação *ex post* quanto à correção das decisões tomadas *ex ante*. A verificação *ex post* do sucesso é uma base indispensável para a formulação de novos planos em um futuro próximo.

O fornecimento ideal de bens e serviços só é possível através da interação contínua da verificação *ex post* e do planejamento *ex ante*. Onde há falta de verificação econômica *ex post* suficiente, como na economia administrada de forma centralizada, simplesmente se perde uma ferramenta fundamental para a atividade econômica.<sup>42</sup>

Embora esta clara sugestão de que o fluxo econômico através de planos multi-individuais orientados por um sistema de preços flutuantes seja a melhor alternativa para enfrentar o problema da alocação, Eucken também adverte que também este tipo de ordem econômica pode funcionar muito inadequadamente caso o sistema de preços não cumpra seu papel de coordenação dos diversos planos individuais, qual seja, o de indicador fiel do grau de escassez.<sup>43</sup> Isto acontece quando os preços são fixados pelo Estado (ou outro agente com poder) e indicam apenas aleatoriamente — ou nem isso — a real escassez de bens e serviços. Além disso, a existência de monopólios e cartéis, ou ainda a concessão de subsídios pelo Estado, também são fenômenos capazes de prejudicar o funcionamento do sistema de preços e o cumprimento de seu essencial papel de indicador preciso dos níveis de escassez.<sup>44</sup>

Outra distinção fundamental é que a verificação do sucesso econômico só faz sentido na ordem econômica baseada na concorrência e nos planos individuais. Este é o único tipo de ordem econômica em que a direção do processo de fluxo econômico pode (e deve) ser determinado pelo consumidor, que determina o tipo e escopo da produção — com os empresários agindo em seu nome, com uma boa margem para ação. Esta influência do consumidor se

---

<sup>41</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 271.

<sup>42</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 158.

<sup>43</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 158.

<sup>44</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 159ff.



estende não apenas à produção de bens de consumo, mas também às decisões de investimento, e isto também em termos de seu escopo e natureza.<sup>45</sup> A desejada soberania do consumidor na definição daquilo que deve ser produzido é consideravelmente limitada em caso de ocorrência de monopólios, ao passo que na administração central do processo econômico tal soberania é simplesmente aniquilada.

## 5. Natureza e Função do Sistema de Preços na Economia de Mercado

Esta apertadíssima síntese da obra de Eucken já abre uma série de questões quanto ao papel do sistema de preços para a ordem econômica baseada na concorrência e no livre mercado. Primeiramente, o problema da ótima alocação de recursos escassos para atendimento das necessidades dos consumidores não depende de uma verificação de preço e uma noção incerta de valor em transações entre produtor e consumidor, mas da capacidade de produtores e fornecedores conseguirem interpretar os sinais de escassez e as necessidades/desejos dos consumidores de forma precisa, a ponto de avaliar e eventualmente corrigir o seu plano de ação comercial (enquanto agente individual) de acordo. Em uma ordem econômica constituída através dos planos de inumeráveis agentes, são a concorrência (devido a seu processo de nivelamento de preços por meio de tentativa-erro-ajuste) e o sistema flutuante de preços os elementos ordenadores do mercado. Somente através do processo competitivo pode ser assegurada a necessária racionalidade econômica das trocas econômicas, permitindo a formação de preços capazes de medir as magnitudes relacionadas à demanda e à oferta e, assim, regular as escolhas tanto de vendedores quanto compradores.<sup>46</sup>

Diante da indefectível subjetividade da noção de valor, como já referido acima, uma doutrina de “preço justo” jamais poderia ser decidida individualmente, por estimativa de um único agente em relação ao bem. Preço justo pode ser somente aquele constituído pelo processo concorrencial, ou seja, o preço que corresponde à *volonté de tous*, formada no curso do processo competitivo como a vontade geral, nos mesmos moldes de um processo democrático.<sup>47</sup> Franz Böhm vê na formação dos preços concorrenciais semelhança a um processo eleitoral: “Todos os dias”, afirma, “milhões de consumidores vão ao mercado equipados com cédulas eleitorais na forma de papel moeda, orientam-se por meio de preços e da aparência dos bens em oferta, fazendo sua escolha na forma de decisões de compra de acordo com

---

<sup>45</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 163.

<sup>46</sup> FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010. p. 119.

<sup>47</sup> BÖHM, Franz. Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollen- dung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954. p. 35

seu julgamento e sua escala de necessidades".<sup>48</sup> A formação do preço concorrencial é, assim, uma expressão da democracia: "as chamadas leis do mercado nada mais são do que uma democracia plebiscitária diária e horária, levada ao extremo, tecnicamente aperfeiçoada ao nível mais sofisticado, um referendo popular realizado de manhã à noite durante todo o ano, a manifestação tecnicamente mais ideal da democracia que existe".<sup>49</sup>

Os consumidores exercem, assim, uma influência decisiva na estrutura da economia e na direção da produção, pois ajustes diários — ou a falta deles — significam lucro ou prejuízo para os produtores, que devem levar em conta os desejos dos consumidores se quiserem sobreviver como empreendedores.

Preços justos são, portanto, um fenômeno social provocado pela interação do somatório das avaliações de todos os indivíduos que participam do funcionamento do mercado. Cada indivíduo, na compra ou não-compra e na venda ou não-venda contribui, com sua parte, na formação dos preços de mercado — e quanto maior for o mercado, menor é o peso da contribuição de cada indivíduo.<sup>50</sup>

Em uma economia fundada na livre concorrência, portanto, o sistema de preços deve ser visto como um sistema de sinais que permite aos agentes econômicos se adaptarem a circunstâncias desconhecidas — e muitas vezes em rápida mudança.<sup>51</sup> Tal percepção é acima de tudo mérito de Hayek, que em artigo publicado em 1937 já reconhecia que o mecanismo de preços é muito mais um sistema de sinais que permite às pessoas perceberem e compreenderem uma grande quantidade de informações dispersas, bem como se adaptarem a circunstâncias desconhecidas,<sup>52</sup> sistema que é a base de toda a ordem moderna, de toda a economia e prosperidade mundial, pois sem ele não poderia existir a coordenação necessária dos esforços de milhões de pessoas engajadas no processo econômico.

Hayek assume assim uma abordagem fundamentalmente diferente da economia clássica e neoclássica sobre a teoria do valor: o valor não é uma relação necessária com os custos nem é determinado pelo que foi feito antes do tráfego econômico; o verdadeiro papel do valor é dizer aos indivíduos o que eles devem fazer no futuro.<sup>53</sup> A concorrência é importante, segundo

---

<sup>48</sup> BÖHM, Franz. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. In idem; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrg.). *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*. 1. Aufl. — Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980. p. 88.

<sup>49</sup> BÖHM, Franz. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. In idem; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrg.). *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*. 1. Aufl. — Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980. p. 89.

<sup>50</sup> VON MISES, Ludwig. *Human action. A Treatise on Economics*. Auburn(AL): Ludwig von Mises Institute, 1998. p. 328.

<sup>51</sup> HAYEK, Friedrich A. von. Economics and Knowledge. In *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 13 (Feb., 1937), pp. 33-54. Also HAYEK, Friedrich A. von. The use of knowledge in society. In *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (Sep., 1945), pp. 519-530.

<sup>52</sup> HAYEK, Friedrich A. von. Economics and Knowledge. In *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 13 (Feb., 1937), pp. 33-54.

<sup>53</sup> HAYEK, Friedrich A. von. Dankadresse. In HOPPMANN, Erich (Hrsg.). *Friedrich A. von Hayek: Vorträge und Ansprachen auf der Freiburger Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät*

Hayek, precisamente porque os dados relevantes não são conhecidos nem centralizados; o conhecimento está disponível sobretudo como local e efêmero, imperfeito e disperso; seu conteúdo, portanto, só pode ser detectado no decorrer de tentativas e erros descentralizados em concorrência e ser comunicado por meio de uma mudança regular de preços relativos.<sup>54</sup> Em outras palavras, para cumprir sua função de orientação, os preços devem ser o resultado de um processo competitivo no qual são utilizadas muito mais informações do que as normalmente disponíveis para qualquer pessoa. Dentro dessa linha de raciocínio, resta clara não apenas a impertinência das medidas de limitação de preço, como também a própria ingenuidade das autoridades que a propõe.

## 6. Distorções do Sistema de Preços

A formação dos preços indicando o grau real de escassez de bens e serviços de acordo com as percepções dos consumidores, no entanto, pode ser distorcida por atores com poder.<sup>55</sup> Caso, por exemplo, os preços sejam fixados pelo legislador, pelo governo ou por um cartel, não há a mais remota presunção de que este preço é economicamente correto e, devido à ausência do processo de concorrência, perde-se até mesmo a possibilidade de se determinar a sua correção.<sup>56</sup> O sistema de preços tem na economia de mercado uma função semelhante à de uma bússola, e na presença poder — seja ele público ou de cartéis, monopólios, etc. — em que um único agente pode interferir sozinho no sistema, a bússola não mais indicará a direção certa, mal direcionando investimentos, limitando a produção geral, reduzindo a elasticidade, adaptabilidade e capacidade de resposta da economia e, finalmente, comprometendo o processo fundamental de ajuste econômico. Poder não é uma ameaça porque pode ser abusado de forma ofensiva, mas porque o poder é capaz de fixar preços que são economicamente falsos, de modo que a avaliação de valor simplesmente perca a sua referência.<sup>57</sup>

---

zum 80. Geburtstag von Friedrich A. von Hayek. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982. p. 38.

<sup>54</sup> WOHLGEMUTH, Michael. Zur Einführung: Friedrich August von Hayek (1899-1992). In GOLDSCHMIDT, Niels; WOHLGEMUTH, Michael. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 617.

<sup>55</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. pp. 174-178.

<sup>56</sup> BÖHM, Franz. Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollendung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954. p. 35

<sup>57</sup> BÖHM, Franz. Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollendung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954. pp. 35-36.

Dessa forma, em termos de coordenação dos milhões de operadores do mercado (produtores, comerciantes e consumidores) dentro da ordem econômica para fim de suprimento e abastecimento, a sociedade depende de um sistema de preços flutuante, estabelecidos necessariamente de forma livre, (representando o grau de escassez de bens e serviços), bem como permitindo de verificação *ex post* de sucesso dos planos realizados *ex ante* (expressa em forma de lucro ou prejuízo), sem qualquer perturbação ou influência.<sup>58</sup> Se os preços não cumprem essa tarefa de forma suficiente em todas as circunstâncias - no caso, por exemplo, de intervenção direta do Estado nos preços, subsídios, agentes com poder de mercado significativo (monopólios ou oligopólios) ou mesmo instabilidade do sistema monetário - o mecanismo de coordenação de toda a economia opera inadequadamente, distorce a percepção dos produtores sobre a demanda dos consumidores e, conseqüentemente, sua capacidade de responder a ela.<sup>59</sup>

Tal sinalização precisa de escassez não ocorre fora da ordem competitiva. No caso de um monopólio, por exemplo, os preços expressam a escassez econômica geral com muito menos precisão do que sob a concorrência, a limitação externa e o incentivo interno para reduzir os custos são consideravelmente reduzidos, de modo que problemas como sub ou superinvestimento podem ocorrer. Tudo isso resulta em uma oferta pior em comparação com a economia competitiva.<sup>60</sup> Na economia planejada centralmente (p. ex., de tipo socialista), por sua vez, os preços são apenas expressões numéricas de referência e não guardam qualquer relação com o grau de escassez, com a consequência de que, para a autoridade central responsável pela decisão e controle do todo processo econômico nacional, é praticamente impossível ajustar a produção de acordo com a demanda.

## 7. O Papel do Estado na Ordem Econômica de Mercado

Tudo o que foi dito acima, entretanto está longe de dizer que o Estado deva abster-se de agir ou intervir na economia, muito antes pelo contrário. Para a Escola de Freiburg, o Estado deve assumir um papel ativo e bastante central, desenvolvendo um espaço concreto e real no qual a estrutura formal da concorrência possa funcionar. O mercado livre e a concorrência não surgem por si mesmos, como a filosofia do *laissez-faire* orientadora do liberalismo dos séculos XVIII e XIX afirmava, nem como resultado de um comportamento completamente passivo do Estado; mercado livre e concorrência não são de forma alguma um surpreendente “produto positivo” de uma política econômica negativa — ou seja, de não-intervenção —, mas

---

<sup>58</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 158.

<sup>59</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 159.

<sup>60</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 162.

são vistos como um produto artificial extraordinariamente frágil, dependente de muitas condições, o que pressupõe não apenas um alto nível de ética econômica, mas também um Estado forte que crie a estrutura necessária de leis e instituições, definindo as regras da luta econômica e monitorando sua observância com rigor e imparcialidade.<sup>61</sup> O Estado deve, assim, assumir a responsabilidade de promover o desenvolvimento econômico tanto intelectual quanto materialmente através da promoção da concorrência.<sup>62</sup>

O Estado tem, portanto, o papel essencial de definir e moldar a ordem econômica, ações que devem ser entendidas como um contraste às intervenções políticas no mercado: o objetivo de uma boa ordem econômica é a formação e aplicação de "regras do jogo" gerais, e não a intervenção no decorrer do jogo em si. Outra tarefa de destaque das "regras do jogo" para uma constituição econômica é a proteção de mercados abertos em uma ordem competitiva, permitindo que mais gente possa entrar no mercado e intervir positivamente no aumento da oferta. Consequentemente, ao contrário da política de um "laissez-faire", não se trata do livre jogo das forças de mercado em si, mas de moldar as regras da concorrência no interesse dos consumidores,<sup>63</sup> de modo a alinhar o interesse privado de obtenção de lucro ao interesse comum de eficiência: a ordem econômica de livre concorrência se aproveita do tremendo poder do egoísmo como força motriz para, ao mesmo tempo, dominá-lo e fazer com que mesmo o mais puro egoísta trabalhe em prol do interesse geral, premiando com lucro o comerciante ou empresário que, mesmo sem querer, contribui para atender as necessidades de seus consumidores e, dessa forma, superar a escassez de bens de consumo.<sup>64</sup>

A questão relativa ao papel da ação estatal no tipo de economia de mercado proposto pelo pensamento ordoliberal não é uma questão de quantidade, em algum lugar entre a não-intervenção do *laissez-faire* e, no outro extremo, a intervenção total do coletivismo. Aqui é necessário ir além da mera quantidade de intervenção e buscar a linha divisória em relação à qualidade da própria intervenção. Röpke traz à tona, neste sentido, dois grupos de intervenções estatais, as chamadas intervenções "mercado-conformes" e "não-mercado-conformes". As primeiras são aquelas intervenções que basicamente não abolem o mecanismo de preços e a auto-regulamentação do mercado daí resultante. Elas se caracterizam como novos "dados" e são assimiladas pelo sistema de preços. As demais intervenções, não-conformes, são aquelas que perturbam o mecanismo de preços e causam um efeito

---

<sup>61</sup> RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch Verlag, 1948. pp. 364-365.

<sup>62</sup> BÖHM, Franz. *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpfende Leistung*. Stuttgart-Berlin: Kohlhammer, 1937. p. 10.

<sup>63</sup> GOLDSCHMIDT, Neils; WOHLGEMUTH, Michael. Entscheidung und Vermächtnis der Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik. In ead. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 13.

<sup>64</sup> EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. p. 365.

semelhante ao observado em uma ordem econômica coletivista, planejada centralmente.<sup>65</sup>

Eucken condensa este posicionamento em uma passagem muito citada de suas palestras na London School of Economics:

O Estado deve fazer pouco ou muito? Pouco, é a resposta do laissez-faire. Muito - dizem os partidários do planejamento econômico central. Os amigos das soluções de compromisso buscam um meio-termo. ... Mas o problema deve ser abordado de maneira diferente para que possa ser resolvido. Quer sejam baixos ou altos níveis de atividade estatal, esta questão é irrelevante. Não se trata de um problema quantitativo, mas sim qualitativo ... Então, que tipo de atividade estatal deveria ser? A resposta é: o Estado tem que influenciar as formas nas quais a atividade econômica é realizada, mas não tem que liderar o processo econômico em si. ... Atividade estatal no planejamento das formas - sim; atividade estatal no planejamento e condução do processo econômico - não. Reconhecer a diferença entre forma e processo e agir em conformidade, isso é essencial.<sup>66</sup>

Sob o conceito ordoliberal de ordem econômica competitiva, os estados assumem, portanto, uma posição semelhante de árbitro em uma partida esportiva. Laissez-faire - sim, mas dentro das regras, que são determinadas por uma contínua e propositada vigilância do mercado no sentido mais amplo da palavra. O Estado deve acompanhar o mercado do início ao fim e é precisamente a liberdade dos participantes “de boa fé” do mercado que exige uma política econômica extremamente vigilante e ativa.<sup>67</sup>

## 8. Efeitos da Intervenção nos Preços durante a Pandemia

Já foi dito que o tabelamento geral de preços — e mesmo a intervenção tópica quanto a um fornecedor individual — colocam em risco o eficiente abastecimento da sociedade (item II supra). Com base nos fundamentos teóricos antes referidos, impõe-se investigar como tais efeitos negativos ocorrem em termos mais práticos.

Como demonstrado, preços não são números arbitrários e aleatórios, mas em um contexto de concorrência indicam uma determinada relação entre oferta e demanda, apurada com o emprego de um número de variantes e de informações muito maior do que o nível de informação disponível a — e processável por — qualquer pessoa. Da mesma forma, os níveis de preços que um determinado consumidor está acostumado não são mais especiais ou

<sup>65</sup> RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch Verlag, 1948. p. 259.

<sup>66</sup> EUCKEN, Walter. *Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung. Londoner Vorträge zur Wirtschaftspolitik und zwei Beiträge zur Antimonopolpolitik*. Hrsg. vom Walter-Eucken-Archiv. Münster: LIT, 2001. p. 77.

<sup>67</sup> RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch Verlag, 1948. p. 365. See also FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010. pp. 131-132.

mais "justos" do que quaisquer outros preços que são mais altos ou mais baixos.

Diz-se que o sistema de preços e o processo concorrencial são agentes reguladores do mercado exatamente porque preços não servem apenas para permitir que vendedores recuperem seus custos, mas pelo fato que preços faz com que oferta e demanda se limitem mutuamente, exatamente em seu ponto de maior equilíbrio.<sup>68</sup> Dessa maneira, em um momento de grande oscilação seja da oferta, seja da demanda, o nível de preços reage em curtíssimo prazo para, dentro da maior brevidade possível, trazer as relações de troca para o padrão habitual, o que não ocorre em caso de transtorno desse mecanismo.

Considere-se, por exemplo, um recente episódio de grave redução de oferta, a denominada "greve dos caminhoneiros" ocorrida em 2018, que causou bloqueio do suprimento de combustíveis aos postos de gasolina e grande redução da disponibilidade do produto. Nessas condições, como alocar o pouco combustível disponível entre o grande universo de consumidores que desejam adquirir o produto? Tome-se como exemplo dos milhões de consumidores e seus mais diversos graus de necessidade apenas três perfis hipotéticos: a) um idoso aposentado, que gostaria de visitar os netos em outra cidade no final de semana, b) um funcionário que usa o carro para se deslocar ao trabalho e c) uma ambulância em meio a uma emergência médica. Ocorrendo um grande e repentino aumento de preços, o consumidor "a" adiaría a viagem para um outro final de semana, o consumidor "b" consideraria a possibilidade de usar outro meio de transporte (e.g. uma bicicleta) para não pagar os elevados valores em vigor, sendo que o consumidor "c", que não tem escolha, teria mais chances de encontrar o produto absolutamente essencial em razão de suas necessidades. Por outro lado, na hipótese dos preços se manterem em patamar inalterado, nenhum dos três tipos de consumidores deixaria de prosseguir com seus planos, eventualmente o primeiro que chegasse ao posto de gasolina compraria a maior quantidade possível do produto e o consumidor com maior grau de dependência — e maior disposição de pagar — correria muito maior risco de não ter acesso ao produto.

O aumento de preços em época de carência, portanto, forçam os compradores a restringir a demanda por determinado produto com elevado grau de escassez. De modo mais geral, os preços fazem com que as mercadorias e os recursos que as produzem fluam em uma direção economicamente mais racional e não o contrário. Quando uma lei ou uma autoridade impede o aumento de preços — ou mesmo o próprio comerciante deixa de fazê-lo para não ser estigmatizado como "proveitador" —, isso reduz o fluxo de recursos limitados para onde eles são mais necessários, reduzindo a necessidade do consumidor limitar suas exigências e alocando os poucos recursos para finalidades menos relevantes (p. ex. o passeio de fim de semana) em prejuízo das essenciais (viagem de emergência para um hospital).

---

<sup>68</sup> SOWELL, Thomas. *Ever wonder why? And other controversial essays*. Stanford(CA): Hoover Inst. Press, 2006. p. 102.

Tal fenômeno pode ser facilmente verificado no início da pandemia do Corona vírus, quando inúmeros consumidores procuraram estocar comida e papel higiênico. Enquanto alguns consumidores compravam uma quantidade muito além do normal, outros não encontravam mais os produtos nas prateleiras. Um significativo aumento de preços dificultaria compras em exagero, garantindo assim maior acesso ao produto a um maior número de consumidores.

A limitação do consumo e a alocação racional do produto escasso, entretanto, não são os únicos aspectos positivos de um significativo — e às vezes brutal — aumento de preços em hipótese da demanda do consumidor ser maior do que a quantidade de oferta. O aumento de preço cria também grandes incentivos para a ampliação da oferta e retorno às condições anteriores à crise dentro do mais curto período possível, à medida em que sinaliza aos produtores a escassez do produto e, conseqüentemente, a boa oportunidade de lucro.

Na segunda quinzena de março deste ano os preços de álcool desinfetante para as mãos subiram na Alemanha em mais de 751%,<sup>69</sup> o que levou inúmeras destilarias a revender seus estoques de álcool etílico para fabricação de álcool gel, ao invés de usá-los na fabricação de bebidas.<sup>70</sup> O mesmo ocorreu com as máscaras cirúrgicas, que por sua estrutura de custos — bastante dependente de trabalho assalariado — não conseguia concorrer com os produtos extremamente mais baratos da Ásia e já não eram mais produzidas na Europa. Com o intenso aumento de preço, indústrias têxteis adaptaram a sua produção para reduzir a produção de artigos menos procurados durante a pandemia e se dedicar à produção de máscaras.<sup>71</sup>

Todas essas reações de fabricantes em sentido de alterar a produção na direção da maior demanda de mercado são fundamentais para o reequilíbrio da relação econômica, sendo que quanto maior o aumento, maior é a viabilidade e o incentivo econômico para atender o mercado, sobretudo se considerado que toda conversão de produção exige algum grau de investimento. À medida em que a oferta, atraída pelo aumento de preços, consegue se expandir de maneira a voltar a fazer frente à demanda, a própria concorrência — alavancada pelo desejo de lucro do produtor e pela necessidade de superar a oferta dos concorrentes — ocupa-se de trazer os preços para patamar igual ou ainda mais vantajoso ao consumidor no mais curto prazo possível, sobretudo porquanto o ingresso de novos competidores pode trazer consigo também novos e mais eficientes processos de produção.

---

<sup>69</sup> Fonte: Statistisches Bundesamt. Disponível [[https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/03/PD20\\_112\\_61.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/03/PD20_112_61.html)]. Último acesso: 03.09.2020.

<sup>70</sup> Veja-se reportagem do portal Deutsche Welle, disponível em [<https://www.dw.com/en/distilleries-supply-alcohol-for-coronavirus-fight/av-52918707>]. Último acesso: 03.09.2020.

<sup>71</sup> Veja-se reportagem do periódico *Finanzmarktwelt*, disponível em [<https://finanzmarktwelt.de/atemmasken-objekte-der-begierde-nicht-nur-in-deutschland-das-deutsche-lohnniveau-164421/>]. Último acesso: Último acesso: 03.09.2020.



O intervenção do Estado no sistema de preços flutuantes, portanto, longe de lograr uma maior justiça das relações de consumo, acaba por impedir os mecanismos de autorregulação próprios do mercado, alocando recursos escassos onde são menos necessários e impedindo o reequilíbrio de oferta e demanda dentro da maior celeridade possível, tudo em aberta contrariedade à ordem econômica baseada no princípio da livre concorrência.

## BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. Transl. by W.D.Ross. Book V, n. 5. Disponível em [<http://classics.mit.edu/Aristotle/nicomachaen.5.v.html>]. Último Acesso: 28.08.2020.
- BÖHM, Franz. *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*. Stuttgart-Berlin: Kohlhammer, 1937.
- BÖHM, Franz. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. In idem; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrg.). *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*. 1. Aufl. — Baden-Baden: Nomos, 1980.
- BÖHM, Franz. Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollendung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954.
- COURNOT, Antoine-Augustin. *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*. Paris: Hachette, 1838.
- EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unv. Aufl. Berlin [u.a.]: Springer, 1989.
- EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990.
- EUCKEN, Walter. *Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung. Londoner Vorträge zur Wirtschaftspolitik und zwei Beiträge zur Antimonopolpolitik*. Münster: LIT, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010.
- GOLDSCHMIDT, Neils; WOHLGEMUTH, Michael. Entscheidung und Vermächtnis der Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik. In ead. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- HAYEK, Friedrich A. von. Economics and Knowledge. In *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 13 (Feb., 1937), pp. 33-54.
- HAYEK, Friedrich A. von. The use of knowledge in society. In *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (Sep., 1945), pp. 519-530.
- HAYEK, Friedrich A. von. Dankadresse. In HOPPMANN, Erich (Hrsg.). *Friedrich A. von Hayek: Vorträge und Ansprachen auf der Freiburger Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät zum 80. Geburtstag von Friedrich A. von Hayek*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982.
- HAYEK, Friedrich A. von. Die Wiederentdeckung der Freiheit — Persönliche Erinnerungen. In *Produktivität, Eigenverantwortung, Beschäftigung. Für eine wirtschaftspolitische Vorwärtsstrategie*. Ed. por Verband der Deut. Maschinen- und Anlagenbau e Institut der deutschen Wirtschaft. Köln: Deutscher Instituts Verlag, 1983.
- HAYEK, Friedrich A. von. The Theory of Complex Phenomena. In MARTIN, Michael; MCINTYRE, Lee (Eds.). *Readings in the Philosophy of Social Science*. Cambridge(MA): MIT Press, 2000.

- HOVENKAMP, Herbert. The Sherman Act and the Classical Theory of Competition. In SULLIVAN, E. THOMAS. *The Political Economy of the Sherman Act. The first One Hundred Years*. New York/Oxford: Oxford Univ. Press, 1991.
- JÖRS, Paul. *Römisches Recht*. 2. Auf. Heidelberg/Berlin: Springer Verlag, 1935.
- KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976.
- KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 17. Auf. München: C.H. Beck, 2003.
- LAUFFER, Siegfried. *Diokletians Preisedikt*. Berlin: Walter De Gruyter &Co., 1971.
- MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. In *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 104 (mar.-abr. 2016), pp. 99-127.
- OERTMANN, Paul. *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Iuris Civilis*. Berlin: R. L. Prager, 1891.
- PARETO, Vilfredo. *Manuel d'économie politique*. Trad. Alfred Bonnet. Paris: Giard et Brière, 1909.
- PEKÁRY, Thomas. *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*. Wiesbaden: F. Steiner, 1976.
- RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch, 1948.
- SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ed. from the manuscript by Elizabeth B. Schumpeter. London: Routledge, 1994.
- SOWELL, Thomas. *Ever wonder why? And other controversial essays*. Stanford: Hoover Inst., 2006.
- THOMAS DE AQUINO. *Summa Theologicae*. Disponível em [<http://www.unifr.ch/bkv/summa/kapitel593-1.htm>]. Último acesso: 28.08.2020.
- VON MISES, Ludwig. *Human action. A Treatise on Economics*. Auburn: L. von Mises Inst., 1998.
- WOHLGEMUTH, Michael. Zur Einführung: Friedrich August von Hayek (1899-1992). In GOLDSCHMIDT, Niels; WOHLGEMUTH, Michael. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck

## Nachruf auf Wolf Paul

\*19. November 1935 †11. April 2021

Wir trauern um Wolf Paul, den Gelehrten, den Gourmet, den Gatten und den großen Freund Brasiliens. In Belém vor rund 35 Jahren habe ich ihn kennengelernt, seither hat uns eine tiefe Freundschaft verbunden; wir besuchten uns gegenseitig mehrfach im Jahr - und immer ging es dabei um „Das Land der Zukunft“, dem unsere Zuwendung gehörte.

Beinahe tröstlich, dass Wolf den moralischen Niedergang seines geliebten Studien-Landes nicht mehr aus der Nähe erleben musste.

Er hat uns ein umfangreiches Werk hinterlassen wie etwa „Brasilianische Rechtswelten“ (*Fascinosa et tremenda*; Band 54 der Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung), ein elegant geschriebenes Resümee, das bereits im Titel ankündigt, wovon es handelt: Um das Dilemma von Schein und Sein in der brasilianischen Gesellschaft und speziell im Rechtswesen des Landes.

Wolf war von den Tropen fasziniert; ihm ging es so wie Alexander von Humboldt, Stefan Zweig u.v.a., die von der ungeheuren Farbenfülle, den freundlichen Menschen und auch dem vitalen Wildwuchs der Fauna (und der Justiz) verzaubert und jedes Mal überrascht wurden. Als sich Brasilien friedlich von der Last der Militärregierungen löste - oder besser gesagt: herauschälte, empfand das Wolf wie fast alle Brasilianer und Brasilianisten als würde das Tor Freiheit aufgestoßen, als würde Stefan Zweigs Euphorie (s.o) real und das Omen der Flagge („Ordem e progresso“) nun endlich zum Gesetz.

Die neue Verfassung! Wolf Paul hat sie unter die Lupe genommen (und ins Deutsche übersetzt), ihr „Fortschrittsprofil“ (W.P.) gewendet und geprüft; dass jeder Brasilianer aufgerufen war, sich mit eigenen Beiträgen am Verfassungsentwurf zu beteiligen - eine Sensation, die zu Papierstapeln führte (die später stillschweigend als Makulatur „archiviert“ wurden). Die Verfassung entworfen wurde dann von einem kleinen Kreis - so wie das Grundgesetz auf Herrenchiemsee. Gleichwohl: herauskam „ein umfassendes System öffentlicher Freiheiten mit staatlichen Gewährleistungsgarantien“ (W.P.), vielleicht die perfekte demokratische Verfassung, die umfangreichste auch - und zugleich die schwächste überhaupt weil ihr bis heute ein großer Teil der Ausführungsbestimmungen fehlt und sie durch immer zahlreichere Zusätze („emendas“) verunstaltet wurde: Ein Wunschkatalog so dick der von Neckermann selig.

„Esta lei não pega“ heißt es in Brasilien zur Begründung einer Rechtsbeugung, des berühmten „jeitos“. Oder die „impunidade“: dafür gibt es im Deutschen keinen Begriff, denn die „Straffreiheit“ ist viel strenger. Solche Phänomene haben Wolf Paul immer und immer wieder beschäftigt. Er war ein Sisyphus darin, die verschlungenen Pfade der Justiz in Brasilien aufzudröseln - und jedes Mal kam es anders als der westfälische Rechtssystematiker dachte; bis zuletzt las er jeden Tag den „Estado de São Paulo“ um sich einen Reim

darauf zu machen, und ich musste ihm natürlich die gesamte brasilianische Presse mitbringen; er hingegen durchforstete sämtlich Buchhandlungen in Rio de Janeiro nach brauchbarem Lesestoff und war enttäuscht, dass unter „*direito alimentar*“ nur Bücher vorhanden waren, die sich mit Alimenten beschäftigten - aber nicht zum Thema „Recht auf gesunde Ernährung“ (sein Steckenpferd der letzten Jahre).

Der „professor visitante“ Wolf Paul kannte so gut wie alle akademischen Rechtsgelehrten Brasiliens, er wurde als „Grande Amigo“ überall eingeladen – und er durfte auch universitäre Prüfungen abhalten, vor denen sich die Senhores Professores gerne drückten. Schließlich brachte er auf mehreren Reisen und in vielen Koffern einen Großteil seiner lusitanischen Bibliothek an die Uni in Belém, wo sie heute vermodert.

Wolf Paul war neugierig und hartnäckig: ein Atlantikschwimmer aus der Schule seiner Herforder Wasserballer. Ihm konnte kaum einer durch die Wogen folgen. Ich, ein juristischer Laie, habe bewundert, wie er sich gewissermaßen mit dem Florett, durch den Gesetzes-Dschungel Brasiliens schlug. Bloß wuchs seine Schneise, kaum dass er eine Lichtung erreichte, schon wieder zu. Das vegetative Wachstum und die undurchsichtigen Nahrungskreisläufe in der brasilianischen Justiz ließen sich mit der deutschen Rechtsdogmatik nur schwer beschreiben.

„*Fascinosa et tremenda*“, also die Mimikry des Rechts: das war Wolfs Thema. Weil er das Land bewunderte, war er immer wieder verstört und verletzt über die schreiende Ungerechtigkeit, die sich in Brasilien unter dem demokratischen Mantel versteckt, der das Karnevalskostüm einer tropischen Plutokratie ist. Er pflegte eine „*amour fou*“, eine Liebe zu Brasilien, zu den Brasilianern – nicht zu ihren Herrschern. Brasilien hat einen leidenschaftlichen Anwalt verloren.

Carl D. Goerdeler

Im Namen der DBJV erschien am 23.04.2021 in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung diese Traueranzeige:

Wir trauern um

## Prof. Prof. h.c. Dr. Wolf Paul

den Forscher, Vermittler und Brückenbauer und großen Freund Brasiliens. Er hat unsere Vereinigung über mehr als drei Jahrzehnte tief geprägt, war uns Ideengeber und Organisator, Lehrmeister und mahnendes Gewissen.

In Brasilien war er für viele „der“ Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft; er kannte alle, und alle schätzten ihn. Wenige haben sich um die deutsch-brasilianischen Beziehungen so verdient gemacht wie er.

Wir vermissen ihn sehr.

Die Freunde und Mitglieder der Deutsch-  
Brasilianischen Juristenvereinigung in  
Deutschland und Brasilien

## Nachruf auf Prof. Dr. Paulo Bonavides

\*10. Mai 1925 †30. Oktober 2020

Seit dem 30. Oktober 2020 trauert die Rechtsfakultät von Fortaleza und mit ihr die gesamte Juristenschaft des Landes um Professor *Paulo Bonavides*, einen ihrer bedeutendsten Juristen und tiefsten Kenner des brasilianischen Verfassungsrechts. Wie kein anderer hat Paulo Bonavides den historischen Werdegang der ersten modernen Verfassung des Landes erforscht, was ihm den Ehrennamen des „Konstitutionalisten für die Zukunft“ eingebracht hat.

Wer ihn auf seinem Landsitz in Redonda nahe Fortaleza besuchte, durfte erfahren, was ihn als gelehrten Juristen besonders auszeichnete: der Besitz einer riesenhaften juristischen Bibliothek, verteilt auf dicht stehenden und systematisch geordneten Regalreihen, die durch bewegliche Verschiebevorrichtungen leicht zugänglich gemacht waren. Wer immer nach einem Buch fragte, konnte augenblicklich fündig werden, und der Besucher durfte erstaunt die große Belesenheit seines Besitzers zur Kenntnis nehmen. Hier in tropischer Einsamkeit war in Buchform anzutreffen, was in Brasilien und ganz Europa Rang und Namen im Verfassungsrecht besitzt. Wie von selbst ergaben sich stets aufschlussreiche Gespräche über die Unwägbarkeiten der brasilianischen Politik und die Krisen des brasilianischen Konstitutionalismus in Vergangenheit und Gegenwart. Gründliches Wissen über die wechselvolle Verfassungsgeschichte Brasiliens sowie die genaue Kenntnis des historisch verhängnisvollen „golpismo militar, institucional ou congressional“ haben den Professor der Universidade Federal do Ceará in die Lage versetzt, den brasilianischen Konstitutionalismus kritisch zu hinterfragen und in seinem eindringlichen Werk den brasilianischen Konstitutionalismus systematisch in Frage zu stellen.

Allein die Titel seiner Hauptwerke geben darüber Aufschluß:

- “A Crise Política Brasileira”, Forense Rio de Janeiro 1969, 2<sup>a</sup>.ed.1978;
- “Constituinte e Constituição. A democracia, o Federalismo, a Crise Contemporânea”, 2<sup>a</sup> ed. Imprensa Oficial do Ceará, Fortaleza 1987;
- “Política e Constituição: os Caminhos da Democracia”, Forense Rio de Janeiro, 1985;
- “Ciência Política”, UFC 1967, 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro 2014;
- “A Constituição Aberta. Temas Políticas e Constitucionais da Atualidade”, Belo Horizonte: Del Rey 1993;
- “Teoria Geral do Estado”, São Paulo: Malheiros, 3<sup>a</sup>.ed. 1995;
- “Demócrito Rocha. Uma vocação para a Liberdade”. Fortaleza 1988;
- “História Constitucional do Brasil” (com Paes de Andrade), 3<sup>a</sup> ed., São Paulo, Paz e Terra, 1991
- “Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais” (Fundador e Diretor: Paulo Bonavides) Livraria Del Rey. Inzwischen sind 20

Bände erschienen, unter aktiver Beteiligung gleichgesinnter brasilianischer Verfassungsjuristen sowie deutscher, portugiesischer, spanischer, italienischer und iberoamerikanischer Rechtswissenschaftler.

Wer immer sich für den geschichtlichen Werdegang von Politik und Verfassung in Brasilien und Lateinamerika interessiert, findet in der RLAEC ein reiches, kritisch reflektiertes Material vor, das bereits 15 Jahre nach Erlass der Verfassung von 1988 offen für die Notwendigkeit einer „revisão constitucional“, eingetreten ist, also für das Erfordernis einer prinzipiellen Revision der Magna Carta, zwecks Durchsetzung des Demokratieversprechens und der Ermöglichung des vom „golpismo“ der traditionellen Eliten ständig bedrohten Rechtsstaates (so Professor Bonavides in einem Interview mit der Tageszeitung „Folha de São Paulo“ vom 15. August 2005).

Zurecht feiert die herrschende Juristenmeinung in Brasilien Professor Paulo Bonavides als „combativo jurista“ und „figura impar da inteligência nacional“ und stellt ihn in eine Reihe mit Clóvis Beviláqua, Rui Barbosa, Teixeira de Freitas, Pedro Lessa, João Mangabeira, Tobias Barreto und anderen juristischen Zelebritäten der brasilianischen Tradition.

Wolf Paul, em. Prof.  
Goethe-Universität Frankfurt  
FB Rechtswissenschaft



## Schriften der DBJV

(Die Bände 1-28 sind im Verlag Peter Lang, Frankfurt a.M., erschienen, seit Band 29 erscheint die Schriftenreihe im Shaker Verlag, Aachen)

- Band 1 Hans-Peter Ludewig, **Die Duplicata. Ein Wertpapier des brasilianischen Handels**, 1985
- Band 2 Till Becker, **Das Patentrecht und Lizenzvertragsrecht Brasiliens**, 1986
- Band 3 Jan Curschmann, **Warenzeichenlizenzen in Brasilien**. Das brasilianische Warenzeichenrecht und Lizenzrecht in Theorie und Praxis, 1986
- Band 4 Jürgen Samtleben (Hrsg.), **Erbfolge, Güterrecht und Steuer in deutsch- brasilianischen Fällen**. Beiträge zur 3. Jahrestagung 1984 der DBJV, 1986
- Band 5 Michael Hahn (Hrsg.), **Informatikgesetz und Technologieschutz in Brasilien**. Beiträge zur 4. Jahrestagung 1985 der DBJV, 1988
- Band 6 Dora Berger, **Der Schutz des außenstehenden Aktionärs in Deutschland und Brasilien**. Ein Vergleich des deutschen Konzernrechts mit dem brasilianischen Recht der Gesellschaftsgruppen, 1988
- Band 7 Christoph Bergdolt, **Internationale Schuldverträge und ihre Durchsetzung im brasilianischen Recht**, 1988
- Band 8 Wolf Paul (Hrsg.), **Die brasilianische Verfassung von 1988**. Ihre Bedeutung für Rechtsordnung und Gerichtsverfassung Brasiliens. Beiträge zur 6. Jahrestagung 1987 der DBJV, 1989
- Band 9 Astrid Berkemeier (Hrsg.), **Arbeitsrecht in Brasilien**. Beiträge zur 5. Jahrestagung 1986 der DBJV, 1990
- Band 10 Michael Bothe (Hrsg.), **Umweltrecht in Deutschland und Brasilien**, Beiträge zur 7. Jahrestagung 1988 der DBJV, 1990
- Band 11 Peter Michael Huf, **Die Entwicklung des bundesstaatlichen Systems in Brasilien**, 1991

- Band 12 Bernd Bendref (Hrsg.), **Rechtsverkehr zwischen Deutschland und Brasilien**. Internationale und europäische Aspekte. Beiträge zur 8. Jahrestagung 1989 der DBJV, 1991
- Band 13 Susanne Vahl, **Die Umwandlung von Auslandsschulden in Investitionen**. Rechtsgrundlagen und Praxis in Brasilien, 1991
- Band 14 Hans-Joachim Henckel, **Zivilprozeß und Justizalternativen in Brasilien**. Recht, Rechtspraxis, Rechtstatsachen - Versuch einer Beschreibung, 1991
- Band 15 Claudio Köhler, **Nebenabreden im GmbH- und Aktienrecht Zulässigkeit und Wirkung**, 1992
- Band 16 Marcia Zeitoune, **Gläubigerschutz im brasilianischen und deutschen Aktien-Konzernrecht**. Haftung der Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft, 1993
- Band 17 Max Bernhard Gutbrod, **Handelsvertreter und Vertragshändler nach brasilianischem und deutschem Recht**, 1993
- Band 18 Helen Ahrens, **Kreditsicherheiten in Südamerika**. Mobiliarsicherheiten nach den nationalen und internationalen Privatrechten der Länder des Cono Sur und ihre Bedeutung für den Rechtsverkehr mit Deutschland, 1993
- Band 19 Jobst-Joachim Neuss (Hrsg.), **Hoffen auf Wandel – wirtschaftsrechtliche Entwicklungen in Brasilien und Europa**. Beiträge zur 9. Jahrestagung 1990 der DBJV, 1994
- Band 20 Wolf Paul/Roberto Santos (Hrsg.), **Amazônia. Realität und Recht**. Umwelt- und arbeitsrechtliche Fragestellungen. Beiträge zur 10. Jahrestagung der DBJV 1991 in Belém do Pará, 1993
- Band 21 Andreas Krell, **Kommunaler Umweltschutz in Brasilien**. Juristische Rahmenbedingungen und praktische Probleme, 1993
- Band 22 Jan Curschmann/Harald Postel (Hrsg.), **Deutsch-Südamerikanische Rechtstage 1992**. 4. Fachkongreß der Argentinisch-Deutschen Juristenvereinigung, 11. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung und Fachtagung „Mercosur“ gemeinsam mit dem Rechts- und Steuerausschuß des Ibero-Amerika-Vereins, 1994

- Band 23 Petra Förschner, **Die Haftungsregeln des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes**. Ansprüche aus Produkthaftung, Dienstleistungshaftung und Gewährleistung und ihre Durchsetzung im Prozeß im Vergleich zum deutschen Recht, 1994
- Band 24 Wolf Paul (Hrsg.), **Verfassungsreform in Brasilien und Deutschland**. Beiträge zur 12. Jahrestagung 1993 der DBJV, 1995
- Band 25 Jürgen Samtleben/Ralf Schmitt (Hrsg.), **Medienrecht, Wirtschaftsrecht und Ausländerrecht im deutsch-brasilianischen Dialog**. Beiträge zur 13. und 14. Jahrestagung der DBJV in Wiesbaden 1994 und São Paulo 1995, 1997
- Band 26 Arne Rathjen (Hrsg.), **Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz in Deutschland und Brasilien**. Beiträge zur 15. Jahrestagung 1996 der DBJV, 1998
- Band 27 Arne Rathjen (Hrsg.), **Neue Aspekte des Wahlrechts und gewerblichen Rechtsschutzes in Brasilien und Deutschland**. Beiträge zur 16. Jahrestagung 1997 der DBJV, 1999
- Band 28 Martonio Mont' Alverne Barreto Lima, **Staat und Justiz in Brasilien**. Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien: Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Kaiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik, 1999
- Band 29 Wolf Paul (Hrsg.), **Korruption in Brasilien und Deutschland**. Beiträge zur XIX. Jahrestagung 2000 der DBJV, 2002
- Band 30 Gisela Puschmann (Hrsg.), **Familien- und Erbrecht in Deutschland und Brasilien**. Entwicklungen und Neuansätze. Beiträge zur XX. Jahrestagung 2001 der DBJV in Dresden, 2004
- Band 31 Andreas Sanden (Hrsg.), **Das Unternehmen im neuen Zivilgesetzbuch Brasiliens**. Übersetzung mit Einführung, 2004
- Band 32 Hartmut-Emanuel Kayser, **Die Rechte der indigenen Völker Brasiliens – historische Entwicklung und gegenwärtiger Stand**, 2005
- Band 33 Ralf Schmitt (Hrsg.), **Das Unternehmen in der Krise - Insolvenzrecht und Sanierung - Organhaftung und Corporate**

- Governance.** Beiträge zur XXI. Jahrestagung der DBJV 2002 in Frankfurt/Main mit einer Zusammenfassung des Insolvenzrechts in Deutschland und neues Insolvenzrecht in Brasilien (April 2005), 2005
- Band 34 Erasmio Marcos Ramos, **Brasilianisches Umweltrecht als Biosphärenschutzrecht.** Eine rechtsvergleichende System- und Fallanalyse am Beispiel des Projekts des Wasserweges Hidrovia-Paraná-Paraguay (HPP), 2004
- Band 35 Hartmut-Emanuel Kayser, **Anwaltsberuf im Umbruch.** Tendenzen in Deutschland und Brasilien. Beiträge zu der XXIV. Jahrestagung 2005 der DBJV in Potsdam, Januar 2007
- Band 36 Irene Haagen/Wolf Paul (Hrsg.), **Lebensmittelrecht in Deutschland und Brasilien.** Beiträge der XXIII. Jahrestagung der DBJV vom 11.-14. November 2004 in Regensburg, 2007
- Band 37 Irma Silvana de Melo-Reiners, **Regenwaldschutz in Brasilien und das Umweltvölkerrecht.** Die Amazonasfrage als internationaler Streitfall, 2009
- Band 38 Susana Corotto, **Brasilianische und Deutsche Unternehmen in der Krise:** Ein Rechtsvergleich zwischen beiden Reorganisationsmodellen im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit, 2009
- Band 39 Jörg Rüsing/Christof Wieschemann (Hrsg.), **Sportrecht.** Beiträge der XXV. Jahrestagung der DBJV vom 23.-26. November 2006 auf Schalke, 2009
- Band 40 Jürgen Samtleben, **Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika.** Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive, 2010
- Band 41 Gert Egon Dannemann/Irene Haagen (Hrsg.), **Handel mit Natur und Umwelt.** Beiträge der XXVI. Jahrestagung vom 21.-24. November 2007 in Rio de Janeiro, 2010
- Band 42 Wolf Paul/Ralph Stock (Hrsg.), **Schwerpunkte des Strafrechts in Brasilien und Deutschland.** Beiträge zur XXVII. Jahrestagung der DBJV in Köln, 2011
- Band 43 Lilli Löbsack, **Verfassung, Menschenrechte und Verfassungswirklichkeit in Brasilien (1979 – 1984),** 2012

- Band 44 Martin Wiebecke (Hrsg.), **Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation in Brasilien und Deutschland.** Beiträge zur XXIX. Jahrestagung der DBJV in Zürich, 2013
- Band 45 Sérgio Sérvulo da Cunha/Wolf Paul (Hrsg.), **Bürgerprotest und Autonomie der Justiz in Deutschland und Brasilien.** Beiträge zur XXX. Jahrestagung der DBJV vom 16.-19. November 2011 in Santos SP, 2013
- Band 46 Claudia Schallenmüller Ens, **Die Vereinbarkeit des Naturschutzrechts mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie in Deutschland und Brasilien,** 2013
- Band 47 Burkard J. Wolf, **Das Brasilianische Zivilgesetzbuch 2002 mit Einführungsgesetz 1942 – Código Civil Brasileiro –** Deutsche Übersetzung und Anmerkungen. Mit einer Einleitung von Jan Peter Schmidt, 2013
- Band 48 Szymon Mazur, **Durchsetzung von Leistungsansprüchen aus sozialen Grundrechten in Brasilien und in Deutschland,** 2015
- Band 49 Jan Peter Schmidt (Hrsg.), **Vertragsgestaltung und Investitionsschutz im deutsch-brasilianischen Rechtsverkehr.** Beiträge zur XXXII. Jahrestagung der DBJV vom 21. bis 23. November 2013 in Nürnberg, 2016
- Band 50 Cord Meyer, Jan Peter Schmidt, Burkard J. Wolf (Hrsg.), **Das brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002 und die Realitäten des Grundstücksrechts.** Beiträge zur XXXIII. Jahrestagung der DBJV vom 20. bis 23. November 2014 in Hannover, 2016
- Band 51 Fabiana Godinho McArthur, **Der Schutz der kulturellen Identität im Schulwesen am Beispiel Brasiliens.** Völkerrechtliche Vorgaben, nationale Entwicklungen und verbleibende Defizite, 2017
- Band 52 Valentin Otto Knobloch, **Das brasilianische Individualarbeitsrecht.** Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und brasilianischen Individualarbeitsrecht im Hinblick auf ein einheitliches Arbeitsvertragsgesetzbuch in Deutschland, 2017
- Band 53 Wolf Paul, Irene Haagen (Hrsg.), **Weinrecht.** Deutsch-Brasilianisches Symposium in Kloster Eberbach. Beiträge zur

XXXV. Jahrestagung der DBJV vom 10. bis 13. November  
2016 in Kloster Eberbach (Rheingau), 2017

Band 54      Wolf Paul, **Brasilianische Rechtswelten** *Fascinosa et tremenda*. Rechts- und kultursoziologische Schriften (1988-2018), 2019



