

Richteraktivismus und Juristokratie - Murillo Gutier¹

Inhaltsverzeichnis

1. Kontext
2. Die Aufblähung der Judikative und die Juristokratie
3. Die Verrechtlichung
4. Der Richteraktivismus
5. Verrechtlichung und politischer Aktivismus
6. Gibt es einen nützlichen Aktivismus?
7. Das Problem der "Ministrotokratie"
8. Abschließende Betrachtungen

1. Kontext

Die Debatte über die Demokratie und ihr Verhältnis zu den verfassten Gewalten ist unerlässlich. Die Analyse der jüngeren Rechtsprechung des *Supremo Tribunal Federal* (STF) zeigt, dass eine Verlagerung der politischen Debatte stattgefunden hat - die zuvor dem Gesetzgeber vorbehalten war, dem politischen Organ schlechthin in jedem demokratischen Staat -, hin zur Judikative. Es lässt sich eine fortschreitende Übernahme dieser Debatte durch die Gerichtsbarkeit beobachten, insbesondere durch den STF, was zu einer erheblichen Ausdehnung dieser Gewalt geführt hat und - paradoxerweise - zur Ersetzung des Gesetzgebers in seiner rechtsschöpfenden Rolle.

2. Die Aufblähung der Judikative und die Juristokratie

Die "*Judicial Review*", oder richterliche Normenkontrolle, ist ein grundlegendes Prinzip des Verfassungsrechts, das der Judikative ermöglicht, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen oder Regierungshandlungen zu prüfen und zu bestimmen. Der Kerngedanke der "*Judicial Review*" ist die Wahrung der Unversehrtheit des Vorrangs der Verfassung - als Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Gesetze und Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bezeichnet -, was für den Schutz des demokratischen Rechtsstaates unerlässlich ist. Mit anderen Worten: Wird ein Gesetz oder ein Verwaltungsakt vor einem Gericht angefochten, prüfen die Richter, ob diese Norm oder dieser Akt mit der Verfassung übereinstimmt. Stellt das

¹ Rechtsanwalt seit 2003. Professor für Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der UNIPAC/FUPAC, Uberaba, Minas Gerais, seit 2016 bis heute. Studiengangleiter Rechtswissenschaften an der UNIPAC/FUPAC, Uberaba, Minas Gerais, von 2016 bis 2019. Professor für Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Zivilprozessrecht an der UniFachus, Uberaba, Minas Gerais, laufend. E-Mail: murillo@gutier.adv.br

Gericht die Verfassungswidrigkeit fest, ist die Folge dessen die Nichtigerklärung oder Ungültigmachung (Cf. Abboud-2021; Scavuzzi-2021; Leite-2020; Pereira-2020).

Es sei darauf hingewiesen, dass Form und Reichweite der richterlichen Normenkontrolle je nach Rechtssystem erheblich variieren. In den Vereinigten Staaten beispielsweise verfügt der Oberste Gerichtshof über eine weitreichende Zuständigkeit zur Durchführung der "*Judicial Review*" bei jedem Gesetz oder jeder Regierungsmaßnahme, wie im berühmten Fall *Marbury v. Madison* festgelegt. In anderen Ländern kann dieser Prozess stärker begrenzt oder unterschiedlich geregelt sein.

Hirschl hat ein vielbeachtetes Werk mit dem Titel *Juristocracia* vorgelegt, in dem er den Prozess der Verlagerung politischer Entscheidungen von den beratenden Organen auf die Justizorgane beschreibt. Zu diesem Zweck analysiert er die Realität Kanadas, Israels, Neuseelands und Südafrikas und betont, dass der gegenwärtige Konstitutionalismus der Nachkriegszeit durch die Ausweitung des Katalogs der Grundrechte und die Expansion des Systems der "*Judicial Review*" geprägt ist (Cf. Hirschl-2020).

Der Begriff Juristokratie wird auch vom US-Amerikaner Jeremy Waldron verwendet, der damit die Idee einer "*Richterherrschaft*" zum Ausdruck bringt und diese als eine Form der Degeneration der Demokratie bezeichnet (Abboud), da die Judikative in die Verfassungszuständigkeiten der anderen Gewalten eindringt. Dieses "*Eindringen*" erfolge ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung und führe zur Aufblähung der Justiz sowie zur Beeinträchtigung der individuellen Freiheitsrechte (Cf. Waldron-2018; Abboud-2021). Im Grunde genommen führt die richterliche Suprematie mit ihrer Infiltration in die politischen Bereiche anderer Gewalten zu einer politischen Anomalie - daher der Begriff Juristokratie. Um dieses Phänomen besser zu beleuchten, empfiehlt sich eine Gegenüberstellung von Verrechtlichung und Aktivismus.

3. Die Verrechtlichung

Die **Verrechtlichung** lässt sich als der exponentielle Anstieg der bei der Judikative anhängigen Verfahren definieren. Vor dem Hintergrund einer von der Unterdrückung von Rechten geprägten Vergangenheit - unter der Militärdiktatur - und dem Inkrafttreten der Verfassung von 1988, die großzügig Grundrechte und -garantien gewährt und die Unabdingbarkeit der gerichtlichen Kontrolle verankert hat, wurde der Weg zur Beilegung von Interessenkonflikten vor der Judikative geebnet - ein Phänomen, das als Verrechtlichung bezeichnet wird. Diese Verrechtlichung von Interessenkonflikten erscheint als nahezu natürliche Erscheinung, angesichts der Vergangenheit vorenthaltener Rechte und der "*kämpferischen Natur*" unserer westlich-kapitalistischen Kultur. Das Problem offenbart sich mit besonderer Intensität im Richteraktivismus (Cf. Abboud-Scavuzzi-Fernandes-2020).

4. Der Richteraktivismus

Der **Richteraktivismus** ist ein Ausdruck, der von US-amerikanischen Journalisten geprägt wurde, die über die Urteile des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten

berichteten. Im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet Aktivismus *"jede Lehre oder Argumentation, die der praktischen Umsetzung der Wirklichkeitsveränderung gegenüber der rein spekulativen Tätigkeit den Vorzug gibt und dabei ihr Wahrheits- und Wertverständnis häufig dem Erfolg oder zumindest der Erfolgsmöglichkeit des Handelns unterordnet"* (Cf. Abboud-Lunelli-2015; Dicionário Houaiss-2009).

Wie allgemein bekannt ist, ist das Recht in formaler Sprache strukturiert - die Normen sind in Texten enthalten -, was ihre Auslegung erfordert, um Sinn und Tragweite zu ermitteln. In einer ersten Betrachtung sind es die Gesetze und die Verfassung, die festlegen müssen, was Recht ist und was nicht, und diese Texte müssen vom Gesetzgeber erarbeitet werden, dem politischen Raum schlechthin in einer Demokratie, der sich aus gewählten Volksvertretern zusammensetzt und den politischen Pluralismus unserer Gesellschaft widerspiegelt.

Ob gut oder schlecht - sofern eine gesetzgeberische Entscheidung mit der Bundesverfassung vereinbar ist, muss das Gesetz vom Richter in Respekt vor dem verfassungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren zur Rechtsbildung angewendet werden. In dieser Perspektive besteht Aktivismus in der Ausübung der Rechtsprechungstätigkeit durch den Erlass einer Entscheidung, die nicht auf der Verfassung, den Gesetzen oder normativen Akten beruht - wie internationale Verträge, Dekrete oder Notstandsverordnungen.

Im Wesentlichen stellt der Aktivismus eine richterliche Auslegungspraxis dar, die in die Bereiche der Politik, Moral, Ethik und Wirtschaft eindringt und dabei andere staatliche Sphären *"besetzt"*. Der Richter entscheidet letztlich nach seinem Weltbild, seinen moralischen und ethischen Werten sowie seinen gesellschaftlichen und politischen Wahrnehmungen - was zu einem weiteren vieldiskutierten Begriff führt: dem **Dezisionismus**. Lenio Streck hebt hervor, dass *"der Aktivismus stets der Demokratie schadet, denn er erwächst aus dem persönlichen Verhalten und den persönlichen Weltanschauungen von Richtern und Gerichten, als ob eine Privatsprache möglich wäre, die am Rande der öffentlichen Sprache aufgebaut wird"* (Cf. Streck-2016).

Die dezisionistische Haltung ist korrigierend gegenüber dem Recht: Der Richter wendet seine *"moralisch-politisch-soziale Weltanschauung"* an. Wäre er Gesetzgeber, so wäre die gerechte Entscheidung die Entscheidung X; und sobald das Gesetz oder die Verfassung von dem abweicht, was der Richter für gerecht hält, handelt er, um den Gesetzgeber zu *"korrigieren"*, indem er eine Entscheidung erlässt, die den gesetzgeberischen Fehler oder die legislative Unterlassung *"behebt"*. Mit anderen Worten: Die Entscheidung wird auf der Grundlage eines Gerechtigkeitsgefühls, eines persönlichen Empfindens des Richters für das *"Gute"* und das *"Gerechte"* getroffen - daher der Begriff Dezisionismus. Vielleicht ein Nachklang der historischen Etymologie des Wortes *"Urteil"* (*"sentença"*), das sich von *"sentire"* ableitet - dem Gefühl des Richters angesichts des ihm vorgelegten konkreten Falles.

5. Verrechtlichung und politischer Aktivismus

Das **Schweigen des Gesetzgebers** stellt ebenfalls eine politische Position dar. Der Ausdruck *"beredtes Schweigen"*, der vom STF in der ADI 347-SP verwendet wurde, passt sehr

gut zu diesem Thema. In diesem Fall hat der STF den Begriff *"beredtes Schweigen"* im Zusammenhang mit dem Fehlen einer Bestimmung über die Zulässigkeit einer ADI verwendet, deren Gegenstand ein Gemeindegesezt war, das an der Bundesverfassung gemessen werden sollte. Er befand, dass aufgrund des Schweigens in den Artikeln 102, I, "a", und 125, § 2°, keine konzentrierte Normenkontrolle durch eine allgemeine ADI beim STF zulässig sei; die Prüfung könne nur im Wege der diffusen Kontrolle erfolgen und den STF über die außerordentliche Revision erreichen. Lenza zufolge *"wird dieses Schweigen über die Hypothese der genannten konzentrierten Kontrolle auf STF-Ebene, das absichtlich ist, als beredtes Schweigen bezeichnet, um eine Regel zum Ausdruck zu bringen, nämlich dass die allgemeine ADI beim STF nicht zulässig ist, wenn ihr Gegenstand ein Gemeindegesezt ist, das an der Bundesverfassung gemessen werden soll"* (Cf. Lenza-2021; Carvalho-2021).

Wenn die Judikative in die politische Sphäre eindringt, unterdrückt sie letztlich die dem Gesetzgeber obliegende institutionelle politische Debatte. Selbst *"gerechte"* Anliegen - wie der strafrechtliche Schutz gegen Homophobie -, die vom Gesetzgeber nicht geregelt wurden, dürfen nicht Gegenstand richterlicher Beratung sein, da der Richter keine *"Antenne"* der Gesellschaft ist und verfassungsrechtlich nicht ermächtigt ist, auf seine moralisch-politisch-ideologisch-wirtschaftliche Weltanschauung zurückzugreifen, um das Recht zu korrigieren.

Nehmen wir das Beispiel des strafrechtlichen Schutzes gegen Homophobie, der offensichtlich ein Instrument zur Anerkennung der Rechte sexueller Minderheiten darstellt. So notwendig und dringend der strafrechtliche Schutz gegen Homophobie auch sein mag - die Judikative muss *"die Regeln des demokratischen Spiels"* respektieren, wie das Prinzip der strikten strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit - wonach es keine Straftat ohne ein sie definierendes vorheriges Gesetz gibt - sowie das Verbot der Analogie *"in malam partem"*, die ebenfalls spezifische Verfassungswerte des staatlichen strafrechtlichen Eingriffs sind.

Wenn die Judikative politisch agiert, nimmt sie eine Ersetzungsposition gegenüber dem Gesetzgeber ein, wie eine *"Antenne"*, die die Erwartungen der Gesellschaft auffängt, als wäre sie deren Vertreter. Es entsteht ein antidemokratischer *"Abkürzungsweg"*, wenn die Judikative ermächtigt wird, den Gesetzgeber zu ersetzen, indem sie sich als richterliches Parlament aufwirft, das Recht oder gesetzgeberische Unterlassungen korrigiert. Kann die Judikative bestimmen, was für die Gesellschaft zweckmäßig oder opportun ist? Erlaubt die Verfassung dies? Indem sie so handelt, verhält sie sich wie ein repräsentatives Organ der Mehrheit und beansprucht eine Legitimität, die sie nicht besitzt, womit sie ihr Wesen als **gegenläufiges** Organ zum Schutz der Grundrechte verletzt.

Wenn man sagt, dass das Schweigen des Gesetzgebers eine politische Position darstellt, bedeutet dies, dass bestimmte Themen politisch noch nicht *"reif"* sind, um geregelt oder dereguliert zu werden - wie die Frage der Entkriminalisierung von Drogen. Nur weil in den Niederlanden die Entkriminalisierung erfolgreich war, bedeutet das nicht, dass es hier ebenso sein wird. Dies ist eine Angelegenheit parlamentarischer Debatte und nicht der Justiz.

6. Gibt es einen nützlichen Aktivismus?

Jeder Aktivismus ist schädlich, auch wenn wir moralisch oder politisch mit dem einverstanden sind, was aktivistisch entschieden wurde. Es ist nicht selten, einen *"Gelegenheitsaktivismus"* zu beobachten, der gerechte Anliegen vor die Judikative trägt und sie als *"Über-Ich"* der Gesellschaft erhebt, wie Ingeborg Maus treffend erläutert hat. Interessant ist, dass die Befürworter des Aktivismus, wenn der Richter eine Entscheidung auf der Grundlage von Werten trifft, die von dem abweichen, was erwartet wird, denselben Richter des Aktivismus bezichtigen (im pejorativen oder negativen Sinne). Daher der Ausdruck *"Gelegenheitsaktivismus"* oder *opportunistischer Aktivismus*: Der Befürworter des Aktivismus bezeichnet die Entscheidung, mit der er nicht einverstanden ist, als aktivistisch - in einer manichäischen Beziehung zwischen gutem und bösem Aktivismus.

Lenio Streck betont, dass *"der Richteraktivismus andererseits mit der Antwort zusammenhängt, die die Judikative auf den Gegenstand der Verrechtlichung gibt. Im spezifischen Fall der Verrechtlichung der Politik stellt der Aktivismus eine Art Entscheidung dar, bei der der Wille des Richters die politische Debatte ersetzt (sei es um einen vermeintlichen 'Fortschritt' zu erzielen, sei es um den Status quo aufrechtzuerhalten). Aktivismus ist somit ein richterlicher Behaviorismus"* (Cf. Streck-2016).

7. Das Problem der "Ministrotokratie"

In einer traditionellen - vielleicht sogar romantischen - Sichtweise gilt der Oberste Gerichtshof als gegenläufige Institution in einer Demokratie, die dazu bestimmt ist, die Grundrechte gegen den Willen einer vergänglichen Mehrheit zu schützen. Der STF zeichnet sich jedoch heutzutage durch eine intensive monokratische Tätigkeit aus, und der Begriff **Ministrotokratie** versucht, diesen Bereich des *"einsamen"* Handelns der Richter des Obersten Gerichtshofs bei der *"Judicial Review"* normativer Akte zu beschreiben (Cf. Arguelhes-Ribeiro-2018; Godoy-2021).

Die Ministrotokratie hat sich in den letzten Jahren als charakteristisches Merkmal des STF erwiesen: Seine Richter haben monokratische Eilentscheidungen erlassen, die die Funktionsweise der anderen Gewalten beeinflussen, ohne dass die Frage dem Plenum des Gerichtshofs vorgelegt wurde - das heißt ohne nachträgliches Referendum des Plenums -, was zu einer *"Judicial Review"* durch ein einziges Mitglied des Gerichtshofs geführt hat. Mit anderen Worten: Die Verfassungsmäßigkeitskontrolle wird individuell (durch einen einzigen Richter) und isoliert ausgeübt, ohne dass diese Kontrolle von der Vollversammlung des Gerichtshofs geprüft wird - was Streck als **Solipsismus** bezeichnet (Cf. Godoy-2021).

Laut Godoy *"untergraben die Ministrotokratie, die individuelle 'Judicial Review', der Supremo als Tribunal der Solisten, die Qualitäten und Vorzüge eines Kollegialorgans, das beraten sollte - Argumente austauschen, Begründungen herausfordern, Konsense aufbauen. Diese Arbeitsweise verstößt gegen die Normen des Verfassungsprozesses, entstellt den STF durch Verletzung der Kollegialität und der Mehrheitsregel, die ihn leiten sollte, und untergräbt letztlich die Demokratie, die er schützen sollte"* (Cf. Godoy-2021).

So wurde die gegenläufige Funktion durch die monokratische Tätigkeit seiner Mitglieder unterhöhlt, insbesondere durch:

(a) die Aussetzung eines Gesetzes oder normativen Aktes durch einen einzigen Richter, der sich die Macht anmaßt, zu bestimmen, was verfassungsgemäß ist und was nicht, zum Nachteil des Respekts vor der parlamentarischen Beratung. Mit anderen Worten: Das Parlament verabschiedet ein Gesetz oder eine Verfassungsänderung entsprechend dem geltenden verfassungsgesetzlichen Gesetzgebungsverfahren, nur damit eine einzige Person diesen Akt aussetzt;

(b) die Tagesordnungsmacht (Macht der Terminierung), die darin besteht, nur Angelegenheiten von besonderem oder situativem Interesse auf die Tagesordnung zu setzen, während diejenigen, die nicht den gleichen Status genießen, "weggelegt" werden.

Godoy erwähnt darüber hinaus den Begriff "*stummes Plenum*" - eine Kritik, die an das virtuelle Plenum des Supremo Tribunal Federal gerichtet wird. In diesem Modell häufen sich die Stimmen schrittweise an, und viele Fälle von erheblicher Bedeutung werden auf diese Weise entschieden. Ein jüngeres Beispiel betrifft das Urteil über die Verfassungsmäßigkeit des Anforderungsrechts der *Defensoria Pública*. Diese Kritik stellt die Wirksamkeit und Transparenz dieser Urteilsmethode in Frage, da die öffentliche Debatte und Beratung auf ein Minimum reduziert oder inexistent ist.

Was wir daher beobachten, ist die Vorherrschaft einer Modalität individueller "*Judicial Review*" beim Supremo Tribunal Federal, die durch ein Übermaß an monokratischen Entscheidungen im Bereich der Verfassungsmäßigkeitskontrolle gekennzeichnet ist. Diese Beobachtung - eine treffende Kritik - verweist auf eine Verletzung des **Kollegialitätsprinzips**, wobei die Richter bei der Entscheidungsfindung zunehmend individualisierte Haltungen einnehmen.

Indem sie sich von dem entfernen, was die Verfassung und die Gesetze vorschreiben, finden wir beim STF - mit dieser individualistischen "*Judicial Review*" - "*elf Weltanschauungen*", die in den monokratischen Entscheidungen zum Ausdruck kommen, wobei jeder "*oberste Richter*" seine eigene moralische, ethische, wirtschaftliche, philosophische, politische und ideologische Perspektive einbringt, das gesetzte Recht korrigiert und Tag für Tag zum Verlust der Autonomie des Rechts beiträgt, wodurch das bereits bestehende Unbehagen verstärkt wird.

8. Abschließende Betrachtungen

Wenn die Judikative eine Angelegenheit entscheidet und dabei eine Norm schafft, die den Gesetzgeber ersetzt, unterdrückt sie eine Sphäre der institutionellen politischen Debatte und schwächt damit die Demokratie. Es ist wichtig zu betonen, dass das **Schweigen des Gesetzgebers** ebenfalls eine politische Äußerung darstellt. Nicht alle Themen sind in der Gesellschaft "*reif*" dafür, durch Gesetz eine Regelung zu erhalten, und da das Parlament der öffentlich-politische Beratungsraum schlechthin in einer Demokratie ist, muss auch die Nicht-

Beratung oder das Ausbleiben eines parlamentarischen Mehrheitskonsenses zu einem Thema respektiert werden - als Pflicht zur Unterwerfung unter die Regeln des demokratischen Spiels.

Unsere persönlichen Überzeugungen zu bestimmten vom Gesetzgeber nicht oder unzureichend geregelten Fragen können keine Ermächtigung dafür sein, diese vor die Judikative zu tragen - in einer normativen "*Angelexpedition*" nach Belieben des Antragstellers. Die Unabdingbarkeitsklausel der gerichtlichen Kontrolle erlaubt nicht die Suche nach einer bestimmten, vom Richter übernommenen politischen Weltanschauung. Bestimmte politische Anliegen erfordern eine gesellschaftliche Reifung und eine politische Gelegenheit für die parlamentarische Billigung. Wenn ich der Meinung bin, dass es eine Entkriminalisierung leichter Drogen oder eine Kriminalisierung der Homophobie geben sollte, sind dies Anliegen, die dem gesetzgebenden Bereich überlassen werden müssen, mit der nötigen Zeit zur Reifung der öffentlichen Debatte.

Aus diesen Gründen führt die Ermächtigung der Judikative, sich in politische Angelegenheiten einzumischen, dazu, die öffentliche Beratung über die Themen zu schwächen, die auf den Kreis der "*Weisen*" beschränkt werden, die als "*Über-Ich*" der Gesellschaft fungieren (Cf. Maus; Lenza-2021; Carvalho-2021). Letztlich drängen sich drei Warnungen auf:

(a) die Judikative besitzt dafür keine demokratische Legitimität;

(b) bei der Behandlung von Themen, die vom Gesetzgeber nicht geregelt wurden, wird sie auf ihre eigenen moralischen, politischen, ethischen, wirtschaftlichen oder ideologischen Werte zurückgreifen müssen;

(c) der Richter ist keine "*Antenne*" der gesellschaftlichen Erwartungen, und indem er sich von der Gesetzmäßigkeit-Verfassungsmäßigkeit, dem Binomium rechtmäßig-rechtswidrig entfernt, handelt der Magistrat als "*Gerechtigkeitshüter*" - indem er sich seines "*Gerechtigkeitssinns*" bedient, um "*das Recht zu sprechen*" - was dem parlamentarischen Bereich vorbehalten ist.

Logik des Themas: Richteraktivismus und Juristokratie

Das Recht in einem demokratischen Rechtsstaat beruht auf einer ausgewogenen Verteilung der institutionellen Funktionen zwischen den Gewalten: Dem Gesetzgeber obliegt die Rechtsschöpfung - durch Volksvertretung und pluralistische Beratung; der Exekutive deren Umsetzung; der Judikative deren Anwendung auf konkrete Fälle sowie, in abgeleiteter und begrenzter Weise, die Verfassungsmäßigkeitskontrolle von Gesetzen und normativen Akten.

Die **Verrechtlichung** ist ein quantitatives und in gewissem Maße natürliches Phänomen: Die Ausweitung des Zugangs zur Justiz und die Erweiterung der Grundrechte nach 1988 haben die Inanspruchnahme der Judikative vervielfacht. Der **Richteraktivismus** hingegen ist ein qualitatives und pathologisches Phänomen: Er besteht in der Ersetzung des Willens des

Gesetzgebers durch den Willen des Richters im Namen persönlicher moralischer, politischer oder ideologischer Werte.

Die **Juristokratie** stellt das Endstadium dieser Entwicklung dar: Wenn sich die Judikative als der eigentliche Ort politischer Entscheidung institutionalisiert, zum Nachteil des Parlaments, wird die Demokratie geschwächt. Die **Ministrokratie** verschlimmert dieses Bild, indem sie die Verfassungsmäßigkeitskontrolle individualisiert und einem einzigen Richter die Macht überträgt, von der nationalen Vertretung verabschiedete Gesetze auszusetzen.

Die Logik des Systems lautet daher: Die Demokratie erfordert, dass die politische Debatte in den legitimen institutionellen Räumen stattfindet - insbesondere im Parlament. Das Schweigen des Gesetzgebers ist ebenso wie seine Äußerung eine politische Entscheidung, die es zu respektieren gilt. Der Richter, als gegenläufiger Hüter der Grundrechte, muss sich darauf beschränken, die Verfassung und die Gesetze anzuwenden, und darf sie nicht nach seiner persönlichen Weltanschauung korrigieren. Die Autonomie des Rechts, die Gewaltenteilung und die demokratische Legitimität konvergieren darin, dem Richteraktivismus Grenzen zu setzen - nicht aus mangelnder Sensibilität gegenüber Ungerechtigkeiten, sondern gerade weil eine Demokratie der Konzentration der Entscheidungsgewalt in den Händen derer, die nicht gewählt sind, nicht standhalten kann.

Synoptische Übersicht - Richteraktivismus und Juristokratie

Thema	Erläuterung
Judicial Review	Grundlegendes Prinzip, das der Judikative erlaubt, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Regierungsmaßnahmen zu prüfen und damit den Vorrang der Verfassung zu gewährleisten. Wird ein Akt für verfassungswidrig befunden, wird er für nichtig erklärt oder für ungültig.
Vorrang der Verfassung	Prinzip, wonach die Verfassung an der Spitze der Normenhierarchie steht, der alle Gesetze und Maßnahmen der öffentlichen Gewalt entsprechen müssen, andernfalls droht die Verfassungswidrigkeit.
Juristokratie (Hirschl)	Von Ran Hirschl entwickeltes Konzept zur Beschreibung der Verlagerung der politischen Entscheidungsgewalt von beratenden Organen (Parlament) auf Justizorgane (Gerichte), empirisch nachgewiesen in Kanada, Israel, Neuseeland und Südafrika.
Juristokratie (Waldron)	Von Jeremy Waldron verwendeter Ausdruck für die "Richterherrschaft" - eine Form der Entartung der Demokratie,

	in der die Judikative in die Verfassungszuständigkeiten der anderen Gewalten eindringt und damit die individuellen Freiheitsrechte beeinträchtigt.
Verrechtlichung	Quantitatives Phänomen des exponentiellen Anstiegs der bei der Judikative anhängigen Verfahren, das natürlicherweise aus der Erweiterung der durch die Verfassung von 1988 verankerten Grundrechte und der Unabdingbarkeit der Gerichtskontrolle resultiert.
Richteraktivismus	Richterliche Auslegungspraxis, bei der der Richter Entscheidungen trifft, die nicht auf der Verfassung, den Gesetzen oder normativen Akten beruhen, indem er seine moralische, politische oder ideologische Weltanschauung an die Stelle des Willens des legitimen Gesetzgebers setzt.
Dezisionismus	Korrektive Haltung gegenüber dem Recht, bei der der Richter das Gesetz "berichtigt" oder gesetzgeberische Lücken nach seinem persönlichen "Gerechtigkeitsgefühl" schließt, indem er seine subjektive Weltanschauung über den demokratisch ausgedrückten parlamentarischen Willen stellt.
Beredtes Schweigen	Vom STF in der ADI 347-SP verwendeter Ausdruck, der anzeigt, dass das bewusste Schweigen des Verfassungsgebers - keine Bestimmung über die Zulässigkeit einer ADI betreffend ein Gemeindegesezt beim STF vorzusehen - eine implizite Regel zum Ausdruck bringt, die diese Art konzentrierter Kontrolle untersagt.
Gegenläufiges Organ	Traditionelle institutionelle Rolle der Judikative, die darin besteht, die Grundrechte gegen die Entscheidungen einer vergänglichen oder missbräuchlichen Mehrheit zu schützen, ohne dabei die dem Parlament vorbehaltene Rechtsschöpfungszuständigkeit zu beanspruchen.
Ministrotokratie	Neueres charakteristisches Merkmal des STF, das die Praxis monokratischer Eilentscheidungen beschreibt, die von seinen Richtern individuell und ohne Vorlage beim Plenum erlassen werden, womit eine Verfassungsmäßigkeitskontrolle durch einen einzigen Richter ausgeübt wird.
Richterlicher Solipsismus	Von Lenio Streck geprägter Ausdruck für die Haltung des Richters, der isoliert entscheidet, ausschließlich gestützt auf seine eigene Weltanschauung, ohne institutionellen Dialog mit den anderen Gerichtsmitgliedern oder dem Normensystem.

Stummes Plenum	Von Godoy geübte Kritik am virtuellen Plenum des STF, in dem sich Stimmen schrittweise ansammeln, ohne dass eine wirksame öffentliche Debatte stattfindet, wodurch die kollegiale Beratung in Fällen von erheblicher verfassungsrechtlicher Bedeutung auf ein Minimum reduziert oder abgeschafft wird.
Gelegenheitsaktivismus	Phänomen, bei dem Befürworter des Richteraktivismus Entscheidungen, die ihren Werten entsprechen, begrüßen und Entscheidungen, die davon abweichen, als "aktivistisch" kritisieren - eine manichäische und instrumentelle Beziehung zu diesem Phänomen enthüllend.
Justiz als Über-Ich der Gesellschaft	Von Ingeborg Maus beschriebenes Konzept der Tendenz, der Judikative die Rolle des obersten moralischen Hüters der Gesellschaft zuzuweisen, was zur Aufgabe der demokratischen politischen Beratung zugunsten einer selbsternannten richterlichen Elite führt.
Demokratische Legitimität	Grundlage der gesetzgebenden Gewalt, die sich aus gewählten Volksvertretern zusammensetzt und dem Parlament die ausschließliche Befugnis verleiht, Recht zu schaffen, den politischen Pluralismus zum Ausdruck zu bringen und über gesellschaftlich umstrittene Fragen zu entscheiden.

Präzedenzfalltabelle - STF und STJ zum Richteraktivismus und zur Juristokratie

Präzedenzfall	Erläuterung
STF - ADI 347-SP Berichterstatter: im Text nicht angegeben. Thema: Beredtes Schweigen und Verfassungsmäßigkeitskontrolle von Gemeindegesetzen.	Der STF verwendete den Begriff "beredtes Schweigen", um anzuzeigen, dass das Fehlen einer Bestimmung über die Zulässigkeit einer allgemeinen ADI beim STF, die ein Gemeindegesetz zum Gegenstand hat - in den Artikeln 102, I, "a", und 125, § 2º -, eine implizite Regel zum Ausdruck bringt: die Unzulässigkeit dieser konzentrierten Kontrolle beim STF. Die Frage kann nur im Wege der diffusen Kontrolle geprüft werden und erreicht den STF über die außerordentliche Revision. <i>Ratio decidendi:</i> Das bewusste Schweigen des Verfassungsgebers stellt eine implizite politische Entscheidung dar, die durch eine expansive Rechtsfortbildung nicht außer Kraft gesetzt werden kann.

<p>STF - ADPF 187 und ADI 4274 Thema: Meinungsfreiheit und Entkriminalisierung von Drogen - Grenzen der Judicial Review.</p>	<p>Diese Fälle veranschaulichen die Spannung zwischen Richteraktivismus und Gewaltenteilung. Der STF erkannte das Versammlungsrecht für den "Marcha da Maconha" an und stellte fest, dass die Meinungsfreiheit das friedliche Eintreten für die Entkriminalisierung von Drogen schützt, ohne dass dies eine Glorifizierung des Verbrechens darstellt. Die Entscheidung bekräftigt jedoch, dass die inhaltliche Regelung der Frage in die Zuständigkeit des Gesetzgebers und nicht der Justiz fällt. <i>Ratio decidendi</i>: Grundrechte müssen von der Judikative gewahrt werden; ihre Regelung bleibt jedoch parlamentarische Zuständigkeit.</p>
<p>STF - ADO 26 und MI 4733 Berichterstatter: Min. Celso de Mello. Geurteilt am 13. Juni 2019. Thema: Kriminalisierung von Homophobie und Transphobie - Ersetzung des Gesetzgebers.</p>	<p>Der STF erklärte das gesetzgeberische Versäumnis für verfassungswidrig und ordnete die Anwendung des Gesetzes Nr. 7.716/1989 (Rassismugesetz) an, bis der Kongress in der Angelegenheit gesetzgeberisch tätig wird. Dieses Urteil ist paradigmatisch für die Debatte zwischen Aktivismus und Respekt vor der strikten strafrechtlichen Gesetzlichkeit. Für Kritiker hat das Gericht auf dem Prätorienweg einen Straftatbestand geschaffen, unter Verstoß gegen den Grundsatz "nullum crimen sine lege" und das Verbot der Analogie "in malam partem". <i>Ratio decidendi (nach der Mehrheit)</i>: Das lang andauernde gesetzgeberische Versäumnis stellt eine verfassungswidrige Verletzung der Schutzpflicht für die Grundrechte von Minderheiten dar. <i>Rechtswissenschaftliche Kritik</i>: Abboud, Streck und andere Verfassungsrechtler sehen in diesem Urteil ein emblematisches Beispiel für den den Gesetzgeber ersetzenden Richteraktivismus unter Verletzung der strafrechtlichen Verfassungsgesetzlichkeit.</p>
<p>STF - RE 641.320 (Allgemeine Reperkussion) Berichterstatter: Min. Gilmar Mendes. Thema: Strafvollzug und Rechtsschöpfung durch die Judikative in Ersetzung des Gesetzgebers.</p>	<p>Der STF genehmigte die elektronische Überwachung als Ersatz für die Inhaftierung, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung, aufgrund des verfassungswidrigen Zustands des brasilianischen Gefängnisystems. <i>Ratio decidendi</i>: Eine schwere und systematische verfassungswidrige Situation kann kreative richterliche Entscheidungen rechtfertigen, in Ermangelung einer angemessenen gesetzgeberischen Regelung. <i>Kritik</i>: Dieses Urteil wird häufig als Beispiel für die Spannung zwischen der Notwendigkeit des</p>

	Schutzes der Grundrechte und den verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsschöpfungsmacht angeführt.
STF - ADPF 622 Thema: Monokratische Entscheidungen und Ministrokratie.	Beispielhafte Rechtssache für die monokratische Praxis beim STF, in der ein einziger Richter Wirkungen normativer Akte ohne nachträgliches Referendum des Plenums ausgesetzt hat. <i>Erörterte Ratio decidendi</i> : Die Frage, ob monokratische Eilentscheidungen, die Akte der anderen Gewalten betreffen, zwingend der Vollversammlung des Gerichtshofs zur Prüfung vorzulegen sind, bleibt ein nicht abschließend gelöster verfassungsrechtlicher Spannungspunkt.
STF - Monokratische Entscheidungen in den AP 1021, 1022 und 1023 Berichterstatter: Min. Alexandre de Moraes. Thema: Ausübung der monokratischen Befugnis in politisch hoch bedeutsamen Strafsachen.	Diese Rechtssachen veranschaulichen die von Arguelhes und Ribeiro beschriebene Problematik der "Ministrokratie": Monokratische Entscheidungen mit erheblichen politischen und institutionellen Auswirkungen wurden ohne vorherige Plenumsberatung erlassen, was Fragen hinsichtlich der Wahrung der Kollegialität und des verfassungsrechtlichen "due process" aufwirft. <i>Rechtswissenschaftliche Kritik</i> : Godoy stellt fest, dass diese Arbeitsweise "den STF durch Verletzung der Kollegialität und der Mehrheitsregel entstellt, die ihn leiten sollte".

Glossar der verfassungsrechtlichen Verfahrensarten beim Supremo Tribunal Federal (STF)

Abkürzung / Ausdruck	Erläuterung auf Deutsch
STF <i>Supremo Tribunal Federal</i>	Oberstes Bundesgericht Brasiliens. Es ist die höchste Instanz der brasilianischen Justiz und fungiert als Verfassungsgericht (<i>Corte Constitucional</i>), zuständig für die Wahrung der Bundesverfassung von 1988, die Beilegung von Kompetenzkonflikten zwischen den Staatsgewalten sowie die konzentrierte Verfassungsmäßigkeitskontrolle von Gesetzen und normativen Akten. Es besteht aus elf Richtern (<i>Ministros</i>), die vom Präsidenten der Republik ernannt und vom Senat bestätigt werden.

<p>STJ Superior Tribunal de Justiça</p>	<p>Oberer Gerichtshof für Gerechtigkeit. Er ist die höchste Instanz für die Auslegung und einheitliche Anwendung des einfachen Bundesrechts (unterhalb der Verfassungsebene) in ganz Brasilien. Zuständig für die Harmonisierung der Rechtsprechung der staatlichen und föderalen Gerichte in nicht verfassungsrechtlichen Angelegenheiten.</p>
<p>ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade</p>	<p>Direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit. Verfassungsrechtliches Instrument der konzentrierten Normenkontrolle (<i>controle concentrado</i>), das beim STF erhoben wird, um die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes oder eines normativen Aktes der Bundesebene festzustellen. Die Entscheidung hat allgemeine bindende Wirkung (<i>erga omnes</i>) und bindet alle Organe der Judikative sowie die öffentliche Verwaltung. Aktivlegitimiert sind nur die in Art. 103 der Bundesverfassung aufgeführten Organe und Einrichtungen.</p>
<p>ADO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão</p>	<p>Direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung. Verfassungsrechtliches Instrument, das darauf abzielt, eine verfassungswidrige gesetzgeberische Unterlassung festzustellen, d.h. das Versäumnis des Gesetzgebers, eine durch die Verfassung gebotene Norm zu erlassen. Der STF kann dem zuständigen Organ eine Frist zur Behebung der Unterlassung setzen. Paradigmatisch in dieser Sammlung: ADO 26, die die Kriminalisierung von Homophobie und Transphobie betrifft.</p>
<p>ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</p>	<p>Rüge der Verletzung eines Grundrechtsprinzips. Subsidiäres verfassungsrechtliches Instrument, das beim STF erhoben wird, wenn kein anderes Verfassungsrechtsmittel geeignet ist, eine Verletzung fundamentaler Verfassungsprinzipien (<i>preceitos fundamentais</i>) zu beheben. Kann sich gegen Akte der öffentlichen Gewalt auf Bundes-, Landes- oder Gemeindeebene richten, einschließlich vorkonstitutioneller Normen - was sie von der ADI unterscheidet.</p>
<p>MI Mandado de Injunção</p>	<p>Unterlassungsgebot wegen gesetzgeberischer Untätigkeit. Verfassungsrechtliches Instrument zum Schutz von Grundrechten, deren Ausübung aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Regelung unmöglich ist. Es richtet sich gegen die gesetzgeberische Unterlassung und ermächtigt das Gericht, in Einzelfällen oder mit allgemeiner Wirkung die fehlende Norm zu ersetzen. In dieser Sammlung paradigmatisch: MI 4733, der</p>

	gemeinsam mit der ADO 26 zur Kriminalisierung der Homophobie führte.
RE Recurso Extraordinário	Außerordentliche Revision. Rechtsmittel, das beim STF erhoben wird, um Entscheidungen der unteren Instanzen anzufechten, die gegen die Bundesverfassung verstoßen. Es dient der diffusen Verfassungsmäßigkeitskontrolle (<i>controle difuso</i>) im Einzelfall. Seit der Verfassungsänderung Nr. 45/2004 ist die Zulässigkeit an die Darlegung einer "allgemeinen Reperkussion" (<i>repercussão geral</i>) geknüpft, d.h. der Rechtsfrage muss eine über den Einzelfall hinausgehende wirtschaftliche, politische, soziale oder rechtliche Bedeutung zukommen.
Repercussão Geral	Allgemeine Reperkussion. Zulässigkeitsvoraussetzung für die außerordentliche Revision (<i>RE</i>) beim STF, eingeführt durch die Verfassungsänderung Nr. 45/2004. Die aufgeworfene Rechtsfrage muss eine über den Einzelfall hinausgehende wirtschaftliche, politische, soziale oder rechtliche Bedeutung haben. Wird die allgemeine Reperkussion anerkannt, bindet die Entscheidung des STF alle unteren Gerichte in gleichgelagerten Fällen.
AP Ação Penal	Strafrechtliche Klage. Beim STF wird die Strafklage (<i>AP</i>) im Rahmen der originären Zuständigkeit des Gerichtshofs erhoben, d.h. für Personen, die aufgrund ihrer Funktion oder ihres Amtes das Privileg der Zuständigkeit des STF genießen (<i>foro por prerrogativa de função</i>), wie etwa Senatoren, Abgeordnete, Minister und der Präsident der Republik. In dieser Sammlung beispielhaft: AP 1021, 1022 und 1023, die im Zusammenhang mit der sogenannten " <i>Ministrokratie</i> " zitiert werden.
Controle Concentrado	Konzentrierte Normenkontrolle. Modalität der Verfassungsmäßigkeitskontrolle, die ausschließlich beim STF (auf Bundesebene) oder bei den Staatsgerichtshöfen (auf Landesebene) durchgeführt wird. Die Entscheidungen haben allgemeine und bindende Wirkung (<i>erga omnes</i> und <i>efeito vinculante</i>). Zu den Instrumenten der konzentrierten Kontrolle zählen ADI, ADO, ADC und ADPF.
Controle Difuso	Diffuse Normenkontrolle. Modalität der Verfassungsmäßigkeitskontrolle, die von jedem Richter oder Gericht im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits ausgeübt werden kann. Die Entscheidung wirkt grundsätzlich nur zwischen den Parteien des Verfahrens (<i>inter partes</i>), kann jedoch durch den

	Senat auf allgemeine Wirkung ausgedehnt werden. Sie erreicht den STF über die außerordentliche Revision (<i>RE</i>).
Decisão Monocrática	Monokratische Entscheidung. Entscheidung, die von einem einzigen Richter (<i>Ministro</i>) des STF ohne Beteiligung des Plenums oder einer Kammer erlassen wird. Obwohl prozessrechtlich in bestimmten Fällen zulässig, ist sie Gegenstand intensiver Kritik, wenn sie in Verfassungsrechtssachen von grundlegender Bedeutung ergeht, ohne anschließend dem Plenum zur Ratifizierung vorgelegt zu werden - ein Phänomen, das in der Rechtswissenschaft als " <i>Ministrokratie</i> " bezeichnet wird.
Plenário	Plenum. Vollversammlung aller elf Richter (<i>Ministros</i>) des STF. Das Plenum ist zuständig für die Entscheidung der wichtigsten verfassungsrechtlichen Fragen, insbesondere im Rahmen der konzentrierten Normenkontrolle. Im Gegensatz dazu steht das " <i>virtuelle Plenum</i> " (<i>plenário virtual</i>), bei dem die Richter ihre Stimmen elektronisch und ohne mündliche Debatte abgeben - ein von Godoy als " <i>stummes Plenum</i> " kritisiertes Verfahren.
Efeito Vinculante	Bindende Wirkung. Wirkung der Entscheidungen des STF im konzentrierten Normenkontrollverfahren, die alle Organe der Judikative und der direkten und indirekten öffentlichen Verwaltung auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene bindet. Zusammen mit der allgemeinen Wirkung (<i>erga omnes</i>) ist sie eines der wichtigsten Merkmale der konzentrierten Verfassungsmäßigkeitskontrolle in Brasilien.
Silêncio Eloquente	Beredtes Schweigen. Vom STF in der ADI 347-SP geprägte Auslegungsfigur, die das bewusste und absichtliche Schweigen des Verfassungsgebers über eine bestimmte Frage als implizite normative Entscheidung interpretiert. Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung wird nicht als Lücke, sondern als bewusste Ausgrenzung verstanden, die eine durch Rechtsfortbildung nicht überwindbare Schranke darstellt.
Foro por Prerrogativa de Função	Funktionsbedingte Zuständigkeit. Verfassungsrechtlich verankerte Zuständigkeitsregel, nach der bestimmte Amtsträger aufgrund ihrer Funktion - und nicht aufgrund der Schwere der Tat - vor einem höheren Gericht angeklagt werden. So unterliegen beispielsweise Bundesabgeordnete und Senatoren der originären Strafgerichtsbarkeit des STF für Straftaten, die während der Ausübung ihres Mandats begangen wurden.

Glossar erarbeitet auf der Grundlage der brasilianischen Bundesverfassung von 1988, der Rechtsprechung des Supremo Tribunal Federal und der im Artikel zitierten Rechtsliteratur.

Literaturverzeichnis (ABNT)

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015.

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira; FERNANDES. Atuação do STF na pandemia da COVID-19. Fine line entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1020, p. 77-97, out. 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap** (Online), São Paulo, v. 37, p. 13-32, 2018.

CARVALHO, Antonio. **Processo como Direito Fundamental**. 2021. Tese (Doutoramento) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Objetiva, 2009.

GODOY, Miguel Gualano de. **STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministrocracia e o plenário mudo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. E-book Kindle.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia - As Origens e Consequências do Novo Constitucionalismo**. São Paulo: Editora EDA, 2020.

LEITE, George Salomão. **Juristocracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. E-book Kindle.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao Estudo do Processo: Fundamentos do Garantismo Processual Brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2020. (Coleção Devido Processo Legal).

SCAVUZZI, Maira. **Os Juízes Fazem Justiça?** Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2021.

STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law** [EJL], Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>. Acesso em: 30 abr. 2022.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. (Derecho y Política). E-book Kindle.