

# «LA POLITISATION DE LA JUSTICE» – LE PHÉNOMÈNE AU BRÉSIL

Monica HERMAN SALEM CAGGIANO

## INTRODUCTION

Aujourd' hui on peut dire que c'est lieu commun l'analyse du nouveau rôle que le Pouvoir Judiciaire s'est attiré, en commençant à produire des décisions politiques qui, jusqu'à la fin du XXème siècle, étaient réservées aux Pouvoirs Législatif et Exécutif. C'est un vrai phénomène politique qui, depuis les années 60, a changé le visage de la traditionnelle doctrine de la séparation des pouvoirs. C'est un fait connu que l'ancienne théorie de Montesquieu a été, pendant tout ce temps, discutée et même critiquée. La vie quotidienne a introduit, toutefois, un jeu de forces très différent de celui préconisé par la théorie de séparation. Ainsi, il est vrai que, pendant une longue période, on a vu la formation d'un véritable Bloc Législatif/Exécutif avec la croissante importance de l'Exécutif. Maintenant, le monde est en train de constater la présence d'un nouveau Bloc de pouvoirs où surgit le Pouvoir Judiciaire comme Pouvoir d'orientation, un pouvoir ou organisme qui est devenu producteur des normes juridiques.

Au Brésil le croissant développement de l'importance du Pouvoir Judiciaire fut influencé par l'évolution de la doctrine du contrôle de la constitutionnalité des lois et les mécanismes prévus pour la réalisation de cette fiscalisation et on peut même dire que la justice constitutionnelle a été la porte qui a permis la transformation du rôle réservé au Pouvoir Judiciaire. Celui-ci abandonne la position défensive en commençant à opérer comme un vrai « decision maker », et établir l'orientation politique.

Ce travail a pour but de présenter la ligne d'expansion du contrôle de constitutionnalité des lois dans l'histoire brésilienne et les arrêts qui ont influencé la naissance de l'idée contemporaine – un vrai phénomène – qui implique la reconnaissance de ce que nous appelons l'activisme judiciaire.

## LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ AU BRÉSIL. LES MOMENTS DE SON DÉVELOPPEMENT

En effet, le contrôle de constitutionnalité s'est bien implanté en Amérique Latine. On doit reconnaître que ceci a avancé après de multiples vicissitudes. Mais, le mouvement a gagné aussi le Brésil où a été établi, dans un premier moment, le modèle de justice constitutionnelle selon la conception américaine, c'est à dire que c'était la célèbre formule du Chief Justice Marshal l'inspiratrice du système développé et apparu entre nous.

Il faut souligner que le Brésil est une fédération et comme l'a remarqué Kelsen « c'est certainement dans l'État fédéral que la justice constitutionnelle acquiert la plus considérable importance »<sup>1</sup>. Donc c'était naturel que le contrôle de constitutionnalité des lois ait dû s'imposer dans les domaines brésiliens et aussi on doit comprendre que, sous l'influence américaine, qui a été le point de départ de notre première constitution républicaine (la Constitution de 1891), au Brésil le système confie le contentieux de la constitutionnalité des lois aux juges de droit commun et au Suprême Tribunal Fédéral, en instaurant une technique diffuse, concrète, et une autre concentrée, abstraite. Celle-ci est apparue plus tard, étant responsable pour l'intégration du modèle brésilien dans le cadre binaire.

On remarque que le type concentré, qui donne à la Court Suprême brésilienne l'attribution d'exercer le contrôle selon des procédures spéciales (**Adi** - l'action directe d'inconstitutionnalité), en pouvant annuler la norme inconstitutionnelle avec effet *erga omnes*, a été créée seulement sous la Constitution du 1946<sup>2</sup>. Le texte, toutefois, permettait l'analyse et le contrôle abstrait en concernant, seulement, des lois édictées par des États-membres de la Fédération brésilienne. Ainsi, on peut placer

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de La Constitution*, in RDP, 1928, p.

<sup>2</sup> Article 8, 1er paragraphe.

l'instauration de deux types de contrôle : concentré et abstrait, au Brésil en 1965, avec la promulgation d'un amendement à la Constitution de 1946, c'est à dire l'Amendement n. 16/1965 qui a étendu la vérification de la compatibilité avec la Constitution à toutes les lois : fédérales et celles publiées par les États-membres.

Tout d'abord, notre histoire avec cette originale institution trouve les racines plus tôt. En 1926, avec les amendements à la Constitution de 1891, quand a été introduite la possibilité d'intervention fédérale dans les cas où on pouvait identifier la violation de l'ordre constitutionnel, c'est, à notre avis, la genèse du contrôle au Brésil. Et, jusqu'à maintenant il y a dans notre Constitution – c'est à dire la Constitution de 1988 – l'**action interventive** qui confie au Suprême Tribunal Fédéral la fiscalisation de la compatibilité d'une loi édictée par un État-membre avec la Constitution fédérale.<sup>3</sup> On doit admettre qu'après l'élargissement du catalogue de procédures préconisées pour opérer le contrôle, l'**action interventive** a perdu de son importance et reste comme un instrument historique maintenu dans les coulisses.

Signalons que, comme conséquence directe de son enracinement dans le monde entier, l'institution connue comme le contrôle de la constitutionnalité des lois – soit sur l'influence du modèle européen, soit les types idéalisés en conformité avec les instructions du juge Marshall – a développé une variété immense d'instruments. Au Brésil, en particulier, la Constitution de 1988 a créé des mécanismes très différents et si nombreux qu'il est difficile de choisir ce qui va produire les meilleurs effets.

La formule de contrôle de la constitutionnalité des lois introduite en 1988, un modèle assez sophistiqué, avait pour mission de fortifier la justice constitutionnelle et ses vigoureux effets envers la préservation de la démocratie. C'est qu'une fois garantie la suprématie de la Constitution, on assure la légalité constitutionnelle, les droits fondamentaux, la liberté – celles qui sont les piliers de l'État de Droit, la face juridique de la démocratie.

Par conséquent, a été idéalisé une variété immense de mécanismes pour assurer l'effectivité de ce système et parmi eux on doit énoncer: **Adi** (action directe d'inconstitutionnalité), **Adecon** (action de déclaration de constitutionnalité), **mandado de segurança** (« writ typiquement brésilien » individuelle ou collective), **writ of injunction** (individuelle ou collective), **Adi por omissão** (action de déclaration d'inconstitutionnalité devant l'omission de l'autorité), **Adpf** (action devant l'inobservance de norme juridique fondamentale).

Un point important dans le développement du contrôle, quant aux procédures, a été précisé par les lois ordinaires n. 9.868/99 et 9.882/99 ; celle-ci avec des dispositions relatives à l'action connue comme **Adpf** (action devant l'inobservance de norme juridique fondamentale).

Il faut souligner que le modèle qu'aujourd'hui on appelle justice constitutionnelle offre **deux techniques de contrôle** et est exercé *a posteriori*. La première, propre à l'origine du contrôle de constitutionnalité des lois parmi nous, **c'est le diffus, concret**, qui opère autant de forme incidente – dans le cadre de la juridiction ordinaire, n'importe quel juge pouvant apprécier la question, comme encore, par voie d'exception à travers un « mandado de segurança » (art. 5°, LXIX et LXX<sup>4</sup>). Le **contrôle diffus et concret** produit des résultats parmi les parties, le procès se déroulant entre les parties. Et plus que ça, les requêtes doivent être présentées par écrit et le recours à un avocat est exigé pour introduire la requête.

Le deuxième type a été établi selon le modèle européen par voie d'action centralisée, abstrait, en comprenant, maintenant, l'**Adi, l'Adecon, l'Adi devant l'omission, et l'ADPF**. Dans ce cadre particulier, le résultat offre des effets **erga omnes**, et l'arrêt rendu par le Suprême Tribunal Fédéral entraîne l'annulation de la loi. Mais, on remarque que la retraite de la loi de l'ordre juridique est une attribution du Sénat<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Voir les articles 34, VII c/c 36, § 3° C.F.

<sup>4</sup> Voir aussi la Loi n. 12.016, de 7 août de 2009.

<sup>5</sup> Article 52, X – C.F.

## L'ÉMERGENCE DU POUVOIR JUDICIAIRE EN TANT QUE POUVOIR D'ORIENTATION. LE SCÉNARIO BRÉSILIEN

Les dernières années ont demandé une intense activité de la part de notre Pouvoir Judiciaire. En particulier **ont été prononcé des décisions judiciaires dans le cadre de l'autorité politique dans le champ électoral**. C'est où la Justice a dû procéder à sa nouvelle attribution, celle de donner l'orientation politique.

On peut dire qu'il y a des décisions célèbres qui marquent cette période d'évolution de notre Suprême Tribunal Fédéral qui se transforme en Cour Constitutionnelle.

Ainsi, **en 2002**, on doit remarquer le jugement prononcé par notre Cour dans les cas connus comme *le phénomène de verticalisation*, quand ont été limitées les possibilités de faire des coalitions entre les partis politiques, pour pouvoir faire ensemble les campagnes électorales. Tout ceci a été fait par voie de Résolution (éditée par le STF) et en dehors de la prévision constitutionnelle et législative qui assurait l'autonomie aux partis qui vont se présenter aux élections, pour faire des accords et des coalitions. Cette position adoptée par la Cour Brésilienne a été maintenue même pour les élections de 2006, quand a été promulgué un Amendement Constitutionnel (Emenda Constitucional n. 52/2006) qui réassurait aux partis, dans tous les états-membres de notre fédération, la faculté de prendre des décisions sur les coalitions les plus avantageuses pour servir aux intérêts politiques et partiaires.

Une autre innovation qui a frappé le monde juridique, **a été prise le 2 avril 2004<sup>6</sup>** quand le Suprême a décidé de limiter le nombre maximum de *Vereadores* (Conseillers aux Chambres Municipales), même que l'établissement de cette limite était compris dans les compétences de la Loi Organique de chaque Municipalité. Cette fois encore, il fut nécessaire un nouvel Amendement Constitutionnel (Emenda constitucional n. 58/2008) pour réintroduire et préserver l'attribution du Pouvoir Législatif pour fixer la limite du nombre total de *Vereadores* dans chacune des 5.658 municipalités que nous avons au Brésil.

Mais il y a encore : **en décembre 2006** la Cour Suprême a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 13, de la loi des partis (Loi n. 9 096/95), qui comprenait la prévision d'une clause d'exclusion, en établissant un étalon de 5% de voix pour obtenir des chaises dans notre Parlement (Chambre Fédérale). La décision de retirer de l'ordre juridique ce type de barrière pour les petits partis, sous le fondement dans le sens que cette limitation est nuisible au principe constitutionnel qui proclame le pluralisme politique.

Pour finir, on doit rapporter la plus complexe et controversée décision de notre Cour Suprême qui a créé une nouvelle hypothèse qui conduit à la perte du mandat parlementaire et ainsi a solutionné une pratique très vieille et très critiquée : l'abandon du parti qui a aidé le parlementaire à gagner son mandat. Cette dernière directive posée par le Suprême Tribunal a solutionné le problème connu comme le mouvement transfuge (*crossing the floor*), ou le libre tourisme interpartiaire. Mais dans ce cas, la Cour a créé un nouveau mécanisme : **la défiliation**. C'est à dire, la prévision de la perte du mandat – condition déclarée par la Justice Electorale – comme sanction en cas d'abandon du parti politique qui a été le promoteur de la campagne<sup>7</sup>.

De nos jours, au Brésil, il y a une très forte préoccupation en ce qui concerne la Réforme Politique, c'est une idée qui est devenue presque une légende qui fait partie de la mythologie politique. Toutefois, devant l'inertie du Pouvoir Législatif, le Pouvoir Judiciaire a presque terminé la liste des réformes existantes dans l'agenda. C'est ce que l'on appelle le phénomène de l'activisme judiciaire ou bien encore de la judicialisation de la politique qui est en plein développement.

---

<sup>6</sup> Voir les Résolutions n° 21.702 et 21 803, les deux ayant été éditées en 2004 par le Suprême Tribunal Fédéral.

<sup>7</sup> Dans ce sens voir la Résolution n° 22.610/2007. Voir encore notre ouvrage «La phénoménologie des transfuges dans le scénario politique brésilien», in *O voto nas Americas*, Barueri, SP, Manole, 2008.

## **Politicizarea justiției – Aspecte ale fenomenului în Brazilia**

### *Rezumat*

*Formula de control al constituționalității legilor introdusă în 1988, un model deosebit și destul de sofisticat, avea drept misiune întărirea justiției constituționale și a viguroaselor sale efecte în direcția prezervării democrației. Odată garantată supremația Constituției, se asigură legalitatea constituțională, drepturile fundamentale, libertatea – piloni ai statului de drept.*

*Ultimii ani au marcat o intensă activitate din partea puterii noastre judiciare. Au fost pronunțate în special decizii în domeniul contenciosului electoral. Aici justiția își intră în noua sa atribuție, aceea de a da orientarea politică.*

*În zilele noastre, în Brazilia există o foarte puternică preocupare în ceea ce privește reforma politică, o idee care a devenit aproape o legendă, făcând parte din mitologia politică. Totuși, în fața inerției puterii legislative, puterea judiciară a terminat aproape lista reformelor existente pe agenda de lucru. Este ceea ce numim fenomenul activismului judiciar sau, și mai mult, al judiciarizării politicii.*