

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE

Rapporteur National du Brésil

Professeur Titulaire de la Chaire de Droit Constitutionnel de l'Université Fédérale de l'Etat de Paraná et du Centre Universitaire Autonome du Brésil - UniBrasil. Coordonnateur du groupe d'études et de recherches constitutionnelles (*NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais*) de l'Université Fédérale de l'Etat de Paraná.

Adresse : 693, Rue Ivo Leão, Centro Cívico, Curitiba, Paraná, Brésil.

Email: cleve@uol.com.br

I. LES DROITS FONDAMENTAUX

1. La dimension négative des droits fondamentaux

1.1 Pourriez-vous, s'il vous plaît, décrire la méthode d'analyse des droits fondamentaux au regard de votre droit national? Se fait-elle en plusieurs étapes? Est-elle imposée par le texte de la Constitution lui-même ou résulte-t-elle d'une interprétation par la juridiction?

Comme dans d'autres pays, au Brésil, les droits fondamentaux sont compris dans les dimensions négative et positive. La dimension négative est composée des droits de défense, lorsqu'il y a une abstention de l'Etat. La dimension positive est composée des droits de prestations, exigeant les prestations concernant le fait juridique ou les prestations normatives de l'Etat. Ces dimensions constituent les facettes d'un même droit fondamental. Ainsi, le droit fondamental présente comme un faisceau de positions juridiques fondamentales établi dans une norme dotée de jus-fondamentalité matérielle autorisant les prestations négatives (d'abstention) ou positives des sujets passifs.

Les droits fondamentaux anticipent des prétentions individuelles ou subjectives et des prétentions collectives ou objectives. Le droit fondamental peut donc s'exprimer par sa dimension objective, avec la production des effets qui lient la société et l'Etat, en indiquant l'hétéro-liaison et visant l'efficacité verticale de ce droit. Il peut également s'exprimer par sa dimension subjective, avec des effets sur la relation particulière, en indiquant l'autonomie du sujet face à l'Etat.

Par conséquent, la dimension subjective comprend la constitution des positions jus-fondamentales qui se caractérisent presque toujours en tant que droits subjectifs, autorisant le titulaire à saisir la justice pour intenter un procès (dans le cadre d'une obligation négative ou positive). La dimension objective, quant à elle, comprend le devoir de respect et d'engagement des pouvoirs constitués à l'égard des droits fondamentaux (le lien). Sur ce point, indépendamment des positions jus-fondamentales découlant de la dimension subjective, il faut que le pouvoir public agisse toujours permettant d'assurer l'efficacité la plus grande possible des droits fondamentaux—garantir la prestation de services publics nécessaires, exercer le pouvoir de police et légiférer dans le but de donner de la concrétude aux exigences normatives constitutionnelles.

La dimension objective fait également le lien avec le pouvoir judiciaire pour réclamer une herméneutique respectueuse des droits

fondamentaux et des normes constitutionnelles, en manipulant ce que l'on a décidé d'appeler « le filtrage constitutionnel », c'est-à-dire, la relecture de l'ensemble du droit infra-constitutionnel à la lumière des préceptes constitutionnels et, notamment, des droits, des principes et des objectifs fondamentaux. En réalité, le filtrage est une sorte d'interprétation conforme à la Constitution en établissant que toute action du pouvoir public – les actes administratifs, législatifs et juridictionnels – doit avoir lieu conformément aux droits fondamentaux, étant également liée à ce que, dans le cadre de l'incidence de la normativité constitutionnelle jus-fondamentale sur le champ de l'autonomie privée, la doctrine brésilienne appelle efficacité horizontale des droits fondamentaux. Cela veut dire que les droits fondamentaux, quoique de façon singulière, incident également sur le champ des relations entre les particuliers.

Pour y parvenir, vu la complexité de leur manifestation, l'application des droits fondamentaux au cas concret dépend du contexte et des réseaux de signification du temps du cas. Alors, les interprètes brésiliens ne s'accordent pas sur la méthode d'analyse des droits fondamentaux. La plus courante est la méthode herméneutique-concrétisatrice de la Constitution alliée aux postulats de la pondération et de la proportionnalité. Cette méthode découle d'une construction doctrinaire et jurisprudentielle, autrement dit, elle se fonde sur l'interprétation de la Constitution et pas sur le texte constitutionnel lui-même, elle a lieu par étapes.

Dans ce sens, en ce qui concerne la doctrine brésilienne, il y a une adhésion quasi-unanime à la proposition de Konrad Hesse, pour qui la lecture du texte normatif survient, d'abord, moyennant la *précompréhension* de son sens par l'interprète. Le sens appréhendé des normes constitutionnelles permet une optimisation pratique-normative, concrétisant la norme à partir d'une position historique spécifique. Selon Hesse, l'interprétation constitutionnelle est une concrétisation, et l'acte d'interpréter est conditionné à l'existence des passages obscurs qui entraînent des doutes, appartenant à l'interprète de déterminer le contenu matériel relatif à la normativité constitutionnelle. Par conséquent, l'interprétation constitutionnelle comprend une certaine dose de créativité, et le contenu de la norme, avec une certaine dose de son application au cas concret, reste complet. La créativité exercée par l'interprète est liée à la normativité constitutionnelle.

Il faut avoir en tête que l'interprète, lorsqu'il comprend le contenu de la normativité constitutionnelle, se trouve lié à sa situation historique, qui le conditionne dans son activité créatrice à ses préconcepts et à ses préjugés. Ainsi, la compréhension du contenu matériel de la norme comme présupposée la précompréhension de l'interprète. Le deuxième pas dans ce processus concerne l'existence du problème concret à résoudre. Il faut que l'interprète fasse le lien entre la norme à comprendre et le problème qui demande une solution, si l'on veut déterminer son contenu exact. Après, dans une troisième étape, on utilise le catalogue des principes incontournables pour la concrétisation constitutionnelle, à savoir : le principe de l'unité de la

Constitution ; le principe de l'effet intégrateur ; le principe de la conformité constitutionnelle ; le principe de l'efficience ou de l'interprétation effective; le principe de la force normative de la Constitution; le principe de l'interprétation conforme à la constitution ; le principe de l'accord pratique ou de l'harmonisation.

En traversant le champ de la méthode herméneutique-concrétisatrice constitutionnelle, il faut suivre l'étape du principe de la proportionnalité. Celui-ci exige une pondération des droits fondamentaux ou des biens à nature constitutionnelle qui sont en jeu, selon le poids qu'on leur attribue. Ainsi, il se divise en sous-étapes ou en principes partiels, tels que ceux de l'adéquation, du besoin et de la proportionnalité prise dans son sens strict.

Le principe de l'adéquation détermine, dans la possibilité factuelle, le moyen retenu pour atteindre la finalité établie, en se montrant apte et approprié. Le moyen retenu doit être exigible pour le cas concret, n'étant pas possible le choix d'un autre moyen doté de la même efficacité. Le principe de la proportionnalité prise dans son sens strict exige, quant à lui, une correspondance juridiquement adéquate entre la finalité à atteindre par une disposition normative et le moyen retenu. C'est donc à partir du principe de la proportionnalité qui s'opère la « pondération » des droits fondamentaux, y compris les biens juridiques lorsqu'ils se trouvent dans un état de controverse, apportant au fait concret la solution adéquate pour la coordination et la combinaison des biens faisant l'objet du conflit.

Dans la Constitution de 1988, le principe de la proportionnalité peut dériver de l'Etat Démocratique de Droit (art. 1) en se confondant, éventuellement, avec le principe de la procédure légale prévue dans l'art. 5, LIV, de la Constitution Fédérale, selon lequel « nul ne peut être privé de sa liberté, ni de ses biens sans procédure légale régulière ». En cas de restriction législative, le principe de la proportionnalité exige que, dans le cadre des droits et des garanties, toute limitation imposée par la loi ou basée sur la loi soit adéquate (appropriée), nécessaire (exigible) et proportionnelle (à juste mesure).

Enfin, il est important d'employer simultanément la méthode de pondération (*balancing*) des biens en tant que technique nécessaire pour la résolution des conflits entre des droits fondamentaux. La pondération ou l'équilibrage se traduit par une méthode apte à apporter une solution de règlement des conflits entre des droits fondamentaux ou entre des droits fondamentaux et des biens protégés constitutionnellement. Le rôle de la pondération consiste à accorder un équilibre aux droits faisant l'objet d'une tension. L'activité interprétative commence par la reconstruction et la qualification des intérêts opposés, en donnant du sens à la norme de décision. D'autre part, la pondération permet l'ajustement entre les faits et la normativité, fournissant ainsi les critères pour l'obtention d'une décision adéquate constitutionnellement.

Après 28 ans d'existence de la Constitution, on peut dire que dans les quinze dernières années la pratique brésilienne relative à l'interprétation constitutionnelle suit cette méthode dans les cas de conflit et d'application des droits et garanties fondamentaux, ce qui

peut être démontré à partir de la lecture des longs arrêts de la Cour de Cassation (*le Tribunal Fédéral Suprême*).

1.2. Quelles sont les techniques utilisées pour analyser ou caractériser une atteinte à un droit fondamental? Y-a-t-il un concept directeur ou une idée directrice dans cette analyse? Quel rôle est dévolu à l'interprétation?

Les droits fondamentaux, en tant que droits de l'homme positivés au sein d'une Constitution donnée, sont polymorphiques, dotés de contenus nucléaires imprégnés d'ouverture et de variation, lesquels ne se révèlent que dans le cas concret et dans les interactions entre eux, ou alors quand ils sont liés à d'autres valeurs calquées dans le texte constitutionnel. C'est parce que les normes de droit fondamental sont dotées d'un degré considérable d'ouverture et de dynamique lorsqu'elles se présentent pour leur concrétisation sociale.

Cela étant, dans des situations données, les droits fondamentaux se choquent entre eux ou se heurtent avec d'autres biens protégés constitutionnellement. Dans ces situations, on se trouve face à une collision de droits fondamentaux, c'est le phénomène qui émerge quand l'exercice d'un droit fondamental par un titulaire empêche ou gêne l'exercice d'un autre droit fondamental par un autre titulaire, peu important la coïncidence entre les droits concernés. La vérification du conflit peut être faite par n'importe quel tribunal ou juge, faisant de l'Etat brésilien qu'Alexy appelle Etat «justiciable». Pour la conciliation de ces conflits, on utilise la méthode herméneutique constitutionnelle concrétiste alliée au principe de la proportionnalité et à la méthode de pondération des biens.

D'autre part, la directive qui fonde l'analyse de vérification de violation des droits fondamentaux provient même des préceptes fondamentaux inscrits sur la totalité du système constitutionnel. Ces préceptes fondamentaux reçoivent du sens, en général, à partir de l'interprétation jurisprudentielle. Ainsi, dans une époque donnée, durant laquelle cette même Constitution de 1988 est en vigueur, il se peut qu'un précepte n'ait sa signification exacte qu'à posteriori. Et c'est important que ce soit ainsi, car la compréhension de l'ingénierie constitutionnelle se modifie sans rectifications, sans entraves. Il appartient donc à la technique de l'interprète de savoir traduire le contexte historique du moment où le cas a lieu (ou eut lieu) pour pouvoir donner du sens au dit précepte fondamental dans la limite de sa tâche créative.

2. La dimension positive des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux imposent-ils des obligations positives à l'Etat? Si oui, comment de telles obligations positives sont-elles justifiées? Quel rôle est dévolu à l'interprétation des règles de droit au regard de ces obligations positives? Quels sont les intérêts, valeurs et concepts à l'œuvre?

Les obligations positives déterminent les prestations que l'Etat brésilien doit mettre en œuvre pour la concrétisation des droits fondamentaux. Cela figure sur la totalité du texte constitutionnel,

surtout sur l'article 6 (Les Droits Sociaux). Le critère le plus convenable pour identifier les droits sociaux est son caractère prestationnel, c'est-à-dire, la nécessité d'intervention du Pouvoir Public pour la concrétisation du droit, compte tenu de son effet social.

Les droits sociaux correspondent aux droits à des prestations, aux droits d'action, à caractère positif. Par conséquent, ils sont compris comme opposés aux droits de défense, aux droits « libéraux », à caractère négatif. La Constitution brésilienne énumère dans l'art. 6 les droits « à l'éducation, à la santé, à l'alimentation, au travail, au logement, au transport, aux loisirs, à la sécurité, à la sécurité sociale, à la protection à la maternité et à l'enfance, à l'aide aux personnes en situation de précarité ». Cette énumération n'est pas exhaustive, parce que la totalité du Titre II de la Constitution (articles 5 à 17) est consacrée aux « droits et garanties fondamentaux », étant ceux-là présents dans d'autres parties de la Constitution, sans exclure, naturellement, « les autres découlant du régime et des principes qu'elle adopte, ou relatifs aux traités internationaux dont la République Fédérative du Brésil est signataire » (art. 5, § 2).

Les droits fondamentaux ont un contenu de base qui doit être garanti. Dans les droits sociaux cette garantie est plus intense, car la satisfaction du droit social se donne moyennant des prestations qui sont conditionnées à des variables qui découlent des actions gouvernementales et/ou judiciaires. Ce contenu de base correspond au minimum existentiel qui exige qu'un minimum doit être concrétisé pour assurer la vie digne de l'homme. Le minimum existentiel permet d'établir des balises permettant d'exiger l'adoption des politiques visant son accomplissement et autorisant donc le contrôle de constitutionnalité.

De cette dimension objective des droits fondamentaux émergent des conséquences données. Une ligne de crédit accordée par la Banque Nationale de Développement Economique et Social (BNDES), par exemple, en favorisant la quête d'une productivité plus grande des industries brésiliennes ne pourra pas, à priori, être considérée comme inconstitutionnelle. Cependant, si cette politique de crédit suppose l'obtention d'une productivité croissante par le biais du remplacement des travailleurs par des machines sans prévoir un mécanisme quelconque de préparation du travailleur pour une reconversion professionnelle, il est probable que ladite politique de crédit soit en désaccord avec la normativité constitutionnelle, en particulier avec le principe constitutionnel du plein-emploi et avec le droit au travail. Dans ce cas, si l'on accepte de discuter la possibilité, pour un travailleur, d'intenter un procès en justice, il faut accepter la possibilité d'avoir des procès collectifs comptant, notamment, sur l'intervention du Ministère Public, qui est une entité de défense de l'ordre juridique du régime démocratique et des intérêts sociaux et individuels indisponibles, pour arrêter la politique inconstitutionnelle ou pour contraindre l'autorité responsable à la réorienter.

Quant au droit à la santé, il faut reconnaître que dans la plupart des villes brésiliennes l'assainissement collectif (l'une des extensions du

droit à la santé) ne dessert pas la globalité du territoire urbain, ce qui oblige le pouvoir public à mettre en place l'assainissement des eaux usées (le traitement respectif, l'exigence de nature constitutionnelle-environnementale) et le système d'épuration de l'eau au profit des logements non desservis. Dans ce cas, la dimension objective du droit à la santé entraîne la possibilité d'intenter des procès collectifs pour obliger le pouvoir public à adopter une politique publique pour que, dans un délai donné (de cinq, dix ou quinze ans, selon la capacité fiscale des collectivités territoriales), la totalité des habitants des communes en bénéficie.

En ce qui concerne les droits fondamentaux sociaux, il faut préciser qu'il s'agit de droits à réalisation progressive, dont la satisfaction se trouve étroitement liée au PNB (Produit National Brut) et, par conséquent, à la richesse du pays. Dans la Constitution Fédérale de 1988, y compris dans l'art. 6, se trouvent les droits prestationnels originaires et les droits prestationnels dérivés. Les premiers peuvent, dès lors, être réclamés, y compris par la voie judiciaire, même en l'absence de norme réglementaire. C'est pourquoi, quoique le pouvoir public n'ait pas mis les services à la disposition des particuliers, quoiqu'il n'y ait aucune loi qui réglemente cette matière, ces droits, puisqu'ils impliquent la création immédiate de situations juridiques subjectives d'avantage, sont parfaitement susceptibles d'une action en justice.

Les droits prestationnels dérivés, quant à eux, ne se réalisent pas intégralement sans la réglementation préalable, autrement dit, sans l'existence d'une politique, d'un service et/ou d'une rubrique budgétaire. La plupart des droits sociaux réside dans le site des droits prestationnels dérivés. Cependant, il y a, dans la Constitution Fédérale de 1988, certains droits originaires comme, par exemple, le droit à l'éducation, surtout en ce qui concerne l'enseignement primaire et secondaire de premier cycle. Dans ce cas, on souligne que, quoiqu'il n'y ait aucune loi relative à cette question, malgré l'absence d'une prévision budgétaire spécifique, puisque la Constitution Fédérale elle-même affirme que l'accès à l'enseignement primaire et secondaire de premier cycle conforte le droit public subjectif, on pourra l'invoquer devant les tribunaux qui, quant à eux, ordonneront au pouvoir public de prendre les mesures adéquates pour sa concrétisation. Il faut dire que, quoiqu'il n'y ait pas d'écoles en nombre suffisant pour recevoir tous les élèves, l'autorité publique est tenue de trouver une solution pour accomplir l'obligation qui correspond à l'affirmation de ce droit.

Le deuxième exemple correspond au droit à la santé (notamment par rapport à certaines extensions plus évidentes). Effectivement, ce droit fut réglementé par le législateur et, par conséquent, dans le cadre du Système Unifié de Santé (SUS) préconisé par la Constitution Fédérale, furent définies, en général, les actions de santé prises en charge par l'Etat fédéral, par les Etats fédérés et par les municipalités. Mais, quoiqu'il n'y ait pas de définition législative, ce droit pourrait être réclamé devant les tribunaux. D'où la raison pour laquelle les citoyens peuvent revendiquer, par exemple, l'accès à un médicament

donné ou à un traitement donné, surtout s'ils furent dûment recommandés par les autorités brésiliennes.

Cependant, on rappelle que les droits originaires constituent également des droits à réalisation progressive, lesquels dépendent du niveau de richesse de la société. Ce qui les rend spécifiques est qu'ils sont, dès lors, exigibles, y compris judiciairement, et il appartient au juge de vérifier, en cas d'omission du pouvoir public, si la prestation exigée par le particulier est compatible avec ce que, raisonnablement, on pourrait attendre du pouvoir public en matière de satisfaction au droit en question.

Ainsi, les intérêts, les valeurs et les concepts disposés dans le cas concret ne seront compris qu'au moment où le contrôle juridictionnel aura lieu. La collision entre les droits fondamentaux sociaux ou la discussion sur l'omission de l'Etat par rapport à leur réalisation, sur la base de la justification de la réserve du possible, constituent le scénario pour que l'interprète reconnaisse le contenu essentiel, ou minimum, à mettre en œuvre. C'est pourquoi l'Etat ne peut pas résoudre promptement la situation de dégradation des conditions de vie qui existe au Brésil depuis longtemps. Par contre, l'Etat peut mettre en place des politiques pour résoudre, progressivement, ce qui est réclamé par le document constitutionnel.

II. L'ORGANISATION DE L'ETAT

1. Pouvoirs et institutions politiques

1.1. La juridiction a-t-elle recours à un concept spécifique de séparation des pouvoirs en ce qui concerne l'interprétation et la délimitation des pouvoirs des institutions politiques? Quelle est la source de ce concept ? Quelles valeurs sont à l'œuvre ?

Le Brésil a comme principe fondamental de l'Etat la séparation des pouvoirs, lesquels sont indépendants et harmonieux entre eux (art. 2). Notre modèle de séparation des pouvoirs est tributaire du choix fait en 1891 et basé sur la Constitution américaine de 1787. Ces pouvoirs sont représentés par des organismes constitutionnels, car ils sont inscrits dans le texte constitutionnel, qui participent au contrôle des freins et des contrepoids avec des statuts de pouvoirs (Législatif, Exécutif et Judiciaire). Mais il y en a également ceux qui n'ont pas de statuts de pouvoir, quoiqu'ils participent au système de freins et de contrepoids, il s'agit des Ministères Publics et des Cours aux Comptes.

Le modèle organique de division des pouvoirs au Brésil est d'origine française. Le Pouvoir Judiciaire, par exemple, est très fort et bénéficie de beaucoup de garanties fonctionnelles, ayant ses propres fonctionnaires et des locaux bâtis avec des fonds propres, jouissant d'une grande indépendance et autonomie, y compris dans l'organisation de concours pour les fonctions principales et d'appui. Le Pouvoir Exécutif, dans un système de gouvernement présidentiel, détient également beaucoup de compétences énumérées dans la Constitution, pouvant même configurer un hyper-présidentialisme, tel que l'on trouve communément dans les ordonnancements de l'Amérique Latine.

Le Pouvoir Législatif, qui provient d'une longue tradition législative remontant au début du Premier Royaume brésilien (1822-1831), fut conçu dans la Constitution de 1988 pour avoir les attributions d'un système parlementariste. Par conséquent, le Président brésilien peut être fort juridiquement, dû à ses compétences privatives établies dans l'article 84 de la Constitution, mais il a besoin de gouvernabilité pour les exercer. C'est ce qui explique le montage d'alliances et de coalitions, à chaque mandat, avec plusieurs partis politiques représentés dans le Congrès National brésilien. Ce système fut appelé « Présidentialisme de Coalition », ce qui correspond à un mode de gouvernement qui s'apparente beaucoup au parlementarisme européen continental, ayant cependant la figure centrale et forte du Président de la République.

On sait que le pouvoir n'est pas une construction matérielle. Il est une relation entre les personnes qui sont réunies et organisées en institutions. Les organismes concernés par la Constitution permettent le contrôle du pouvoir par le pouvoir lui-même. Il s'agit de créer une ingénierie constitutionnelle permanente où le pouvoir peut contrôler le pouvoir lui-même. C'est une valeur défensive qui est toujours présente dans ce dessin, dans cette architecture de la Constitution, pour qu'il y ait de la protection contre la nature humaine elle-même et ses vices.

Les trois pouvoirs au Brésil détiennent la garantie constitutionnelle d'indépendance, mais il n'y a pas de spécialisation fonctionnelle. Ils exercent leurs fonctions principales en exerçant simultanément d'autres fonctions qui appartiennent aux autres pouvoirs. Mais celles-ci sont secondaires, atypiques, parce qu'elles servent à garantir l'exercice des fonctions typiques, principales.

Ainsi, le Pouvoir Judiciaire juge, mais il exerce également un pouvoir normatif, ayant la possibilité de participer au processus législatif, dont les règles de base sont prévues dans la Constitution. Il gère ses fonctionnaires, pouvant les recruter par concours public ou autrement ; il négocie ses contrats administratifs, c'est-à-dire, il dispose d'un budget propre. En outre, au Brésil, le Pouvoir Judiciaire exerce la juridiction constitutionnelle. Au sommet de la hiérarchie de ce pouvoir se place la Cour de Cassation, qui est l'organisme désigné comme interprète par excellence de la Constitution. Dans le contrôle de constitutionnalité abstrait et concret exercé par cette cour, en déclarant l'inconstitutionnalité d'un acte normatif, elle pratique une vraie activité législative négative, selon Hans Kelsen, mais elle se met également en avant pour exercer, actuellement, un certain activisme judiciaire.

Le Pouvoir Législatif, outre sa fonction législative et de contrôle, détient une fonction juridictionnelle en jugeant des crimes de responsabilité. Il pratique aussi des actes administratifs et de gestion en élaborant des lois relatives aux parlementaires eux-mêmes et aux collaborateurs de cette institution.

Enfin, le Pouvoir Exécutif, outre sa fonction administrative, exerce la fonction normative par le biais des décrets réglementaires des lois ou moyennant la mesure provisoire, qui est un élément législatif ayant force de loi. Contrairement à ce qu'on trouve dans d'autres pays,

comme la France, l'Italie, la Colombie et la Belgique, dans le cadre du Pouvoir Exécutif on n'exerce pas la fonction juridictionnelle, quoiqu'elle soit secondaire. Toutefois, on pratique une fonction quasi-juridictionnelle, vu l'existence de démarches administratives dans plusieurs organismes de l'Administration Publique, comme les fiscalités fédérale, des Etats fédérés et des municipalités, ou les agences régulatrices, qui contrôlent la prestation des services publics par les entreprises concessionnaires ou permissionnaires, ou encore les conseils, comme le Conseil Administratif de Défense Economique (CADE), par exemple.

1.2. Y-a-t-il plusieurs niveaux de gouvernement, soit dans l'organisation interne de l'Etat, soit en relation avec une organisation supranationale? Si oui, quel concept directeur ou idée directrice gouverne la juridiction concernant la délimitation des pouvoirs des différents niveaux de gouvernement? Quid au regard des questions d'interprétation?

Le Brésil est une République Fédérale composée de trois entités fédérées, à savoir : l'Etat fédéral, qui gère le cadre fédéral et représente la République dans ses relations internationales ; les Etats fédérés, qui bénéficient d'une autonomie financière, gouvernementale et législative, ayant également un Pouvoir Judiciaire ; et les Municipalités, qui disposent aussi d'une autonomie financière, gouvernementale et législative, mais n'ont pas d'instances judiciaires propres. Chaque Etat fédéré a sa propre Constitution, et les Municipalités sont régies par des Lois Organiques, qui ne sont pas des constitutions proprement dites, mais qui orientent toute la législation locale.

Ainsi, il y a trois niveaux gouvernementaux au sein de l'Etat brésilien, chacun avec sa compétence établie originairement dans la Constitution de la République. Après son indépendance en 1822, fut octroyée au pays, en 1824, sa Constitution, déterminant que l'Etat serait un Empire, de façon unitaire, repartit administrativement en provinces, avec quatre pouvoirs (Législatif, Exécutif, sous le régime parlementariste, Judiciaire et le pouvoir de modération de l'Empereur – un pouvoir au-dessus de tous les autres).

Suite à la proclamation de la République en 1889, la nouvelle Constitution de 1891 prévoyait la fédération comme forme d'Etat, avec une influence directe de la Constitution des Etats Unis. Par conséquent, les Etats fédérés, soit les anciennes provinces, bénéficiaient dorénavant d'une plus grande autonomie. La Cour de Cassation fut placée au sommet de la hiérarchie du pouvoir Judiciaire, devenant responsable du contrôle de la constitutionnalité des actes normatifs de manière concrète, accessoire, suivant l'orientation de *Marbury vs Madison*. Des années plus tard, à partir de la Constitution de 1946, mais surtout après l'Amendement Constitutionnel nr. 16/1965, commence effectivement le contrôle abstrait de constitutionnalité, suivant l'influence directe de la pratique allemande.

Pendant tout le XX^{ème} siècle, hormis la période dictatorial (de 1937 à 1945), les Constitutions qui se sont suivies prévoyaient la forme d'Etat fédéral, avec des moments intermittents d'autonomie et de centralisation du pouvoir. En effet, différemment de la fédération américaine, notre fédération n'est pas née à partir des autonomies locales revendiquantes, découlant plutôt d'une démarche décidée par le pouvoir central. Cependant, on ne croit pas qu'elle originait une influence décisive sur les destins de la distribution spatiale du pouvoir au Brésil. Comme l'histoire de la patrie le démontre, la question fédérale dans la république est souvent accompagnée de la démocratie. Dans la démocratie il y a une relative autonomie des Etats fédérés, jamais le contraire. C'est pourquoi la Loi Fondamentale de 1988 a créé une attente relative à la renaissance des pratiques fédératives dans notre pays.

La Constitution actuelle détermine la symétrie juridique et formelle entre les entités fédérées. Elle fonde une grande partie de la délimitation des pouvoirs des entités fédérées. Il y a une affirmation très connue selon laquelle, dans les Facultés de Droit au Brésil, on étudie le Droit Fédéral, de l'Etat Fédéral, plutôt que les ordonnancements juridiques des Etats fédérés ou des Municipalités. Cependant, il y a de fait une grande asymétrie entre les entités fédérées, ce qui demande de l'Etat et de la société des mesures législatives et des actions gouvernementales pour réduire les inégalités socio-économiques entre les dites entités.

Enfin, quoique faisant partie des organismes intergouvernementaux, comme le Marché Commun du Sud et de l'Union des Nations Sud-Américaines, par exemple, la République Fédérative du Brésil n'est soumise à aucun organisme supranational. Par conséquent, toutes les obligations assumées au niveau international par le pays doivent être référencées et internalisées dans l'ordonnement juridique national pour pouvoir produire des effets. Néanmoins, je rappelle que le Brésil se soumet aux décisions des cours internationales parce qu'il a accepté volontairement leurs juridictions, comme, par exemple, la Cour Internationale de Justice (CIJ), la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) et le Tribunal Pénal International (TPI).

2. La Démocratie et l'Etat de droit

Quels rôles jouent les concepts de démocratie et l'Etat de droit dans l'interprétation de la Constitution? Comment sont-ils concrétisés? Quelle est la source de cette concrétisation?

La Démocratie et l'Etat de Droit brésilien ont des rôles centraux dans l'ordonnement juridique actuel, si bien que le Brésil se constitue comme un Etat Démocratique et de Droit (art. 1). La Constitution de 1988 représente une référence de la ré-démocratisation brésilienne après 21 ans de dictature militaire traduits par l'autoritarisme dans l'Administration Publique et par une forte restriction à l'exercice des droits fondamentaux.

Pour cette raison, pendant la période du Congrès Constituant (1987-1988) et dans les premières années du nouvel ordre juridique-

constitutionnel brésilien, on a développé dans l'académie juridique la Doctrine de l'Effectivité ou le Constitutionnalisme de l'Effectivité, proposant la reconnaissance de la force normative des dispositions constitutionnelles et cherchant à donner une importance spécifique à la place occupée par la Constitution, du point de vue juridique, dans l'organisation du système normatif national. La suprématie constitutionnelle fut accompagnée d'une demande autour de l'incidence directe et immédiate des normes sur les droits fondamentaux. Pour ce faire, dans un premier temps, on cherchait à privilégier le rôle du Pouvoir Judiciaire dans la protection des droits.

On visait l'adoption d'une stratégie interprétative spécifique qui consistait à identifier les droits subjectifs inscrits dans la Constitution, lesquels seraient désormais exigibles, quoique distinctement, soit auprès des particuliers soit auprès du Pouvoir Public, moyennant l'amélioration des mécanismes juridictionnels constitutionnels et infra-constitutionnels.

L'un des progrès importants entraînés par le Constitutionnalisme de l'Effectivité fut la mise en exergue de la compréhension du fait que la Constitution était un document normatif qui, par conséquent, devrait être pris au sérieux. Au-delà d'une simple proclamation politique, d'un ensemble discursif d'objectifs abstraits ou d'une charte d'organisation spatiale du pouvoir, il fallait reconnaître la force normative des dispositifs constitutionnels.

Afin de satisfaire à l'engagement de l'effectivité, il fallut reconstruire la dogmatique juridique en établissant une théorie adéquate pour résoudre les tensions éventuelles entre les droits, les libertés et les garanties qui émergent devant les finalités substantives établies par l'ordonnement juridique. Sur ce point, outre les progrès doctrinaux, on cherchait également à affiner les aspects civiques du républicanisme et les exigences de la démocratie (en renforçant la nécessaire participation politique des destinataires des lois), compte tenu de la sphère des droits de la modernité libérale. Il fallut donc faire face aux défis dans la réalisation des droits sociaux et des politiques publiques correspondantes, devant de nombreux obstacles politiques, économiques et institutionnels présents sur le plan de la facticité.

Par conséquent, une autre caractéristique significative traitait l'approximation et la correspondance entre les politiques et le droit, en pariant sur la possibilité de son effectivité par des pratiques institutionnelles de gouvernement. Il s'agissait de mesurer les limites du discours normatif constitutionnel, car si, dans le cadre juridique, la thèse de la constitutionnalisation de toutes les branches du droit commençait à apporter des effets, dans les sphères sociale, économique et culturelle, il y avait encore un déficit de correspondance entre les énoncés constitutionnels et les pratiques politiques. La solution alternative trouvée fut celle de la transformation des fondements de l'Etat de Droit. L'adoption formelle d'une Charte de Droits ne suffisait pas et il fallait transformer en réalité les discours y établis. Pour y parvenir, on plaidait pour l'inclusion des citoyens dans les processus politiques de décision de

l'Etat, au-delà des moments ponctuels de choix électoral, y compris leurs droits à un ensemble de biens matériels élémentaires pour une vie digne et, dans ce même sens, leur accès à la justice dans une dimension substantive.

Ça voulait dire, d'une part, la construction des conditions instrumentales tournées vers la protection des droits, lesquelles on a pu observer, au moins dans le cadre constitutionnel, grâce au perfectionnement des techniques de juridiction constitutionnelle. Mais, dans ce même sens, on souhaitait la production des conséquences prévues par les dispositifs normatifs. Ainsi, le *locus* idéal pour cela était le Pouvoir Judiciaire. La demande d'efficacité était présentée en tant qu'effectivité, « l'efficacité sociale de la norme », son action pratique dans le monde de la vie, pour qu'il soit possible de rapprocher l'ensemble des dispositions abstraites du devoir être avec l'être de la réalité sociale.

Une fois dévoilée la capacité multi-potentielle des normes et, en particulier, celle des principes, les dits principes pourraient autoriser des modifications juridiques dans la vie en société. La (ré)découverte de l'importance du Droit fut accompagnée d'un pari sur le Pouvoir Judiciaire en tant qu'espace de concrétisation des droits fondamentaux (notamment les droits sociaux) et de modification des relations de pouvoir. Si ce n'est dans le sens d'une redéfinition profonde des structures sociales, c'est au moins par rapport à la reconnaissance du fait que le Droit serait un espace non seulement stabilisateur, mais aussi, dans sa dimension politique, un espace de tensions et de disputes démocratiques.

Il faut considérer, néanmoins, que la Démocratie ne signifie pas, tout simplement, le gouvernement de la majorité. Au bout des comptes, la minorité d'aujourd'hui peut être la majorité de demain, et le garant de cette dynamique majoritaire/contre-majoritaire, en dernier ressort, c'est le Pouvoir Judiciaire lui-même en agissant comme une sorte de délégué du Pouvoir Constituant. Autrement dit, la démocratie ne rejette pas, elle réclame, au contraire, l'action du Pouvoir Judiciaire dans ce domaine. En outre, veiller pour le respect des droits fondamentaux signifie, pour le Pouvoir Judiciaire, dans l'exercice de la juridiction constitutionnelle, protéger la majorité permanente (Constituante) contre l'action non conforme de la majorité éventuelle, conjoncturelle et temporaire (la législature).

Entre ceux qui prétendent que dans le contrôle de l'omission inconstitutionnelle il n'y a pas de rôle à jouer par le juge, et ceux qui pensent que le Pouvoir Judiciaire peut tout faire, aujourd'hui, au Brésil, bien au-delà de ce qui était proposé dans la Doctrine de l'Effectivité, on comprend qu'il faut trouver une place d'équilibre, sensible à la perception du fait que le juge, quoi qu'engagé pour l'effectivité de la Constitution, ne peut pas dépasser certaines limites sous peine de mettre en danger les postulats de l'Etat Démocratique de Droit.