

UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE

ED de droit de la Sorbonne

Laboratoire de rattachement : Droit comparé

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en Droit

Présenté(e) et soutenu(e) publiquement

le 28 octobre 2025 par

Oswaldo POLL COSTA

**L'autoritarisme relationnel brésilien dans le contexte
de l'hypermodernité**

Sous la direction de M. Xavier PHILIPPE

Professeur des universités

et de M. Anderson VICHINKESKI TEIXEIRA

Professeur des universités (UNISINOS)

Membre du Jury

M. Dominique Rousseau, Professeur émérite, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

M. Leonel Severo Rocha, Professeur des universités, UNISINOS

M. Daniel Wunder Hachem, Professeur des universités, Univ.
Fédérale du Paraná

Mme. Loiane Prado Verbicaro, Professeure des universités, Univ.
Fédérale du Pará

UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE

ED de XXX

Laboratoire de rattachement : Droit comparé

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en Droit

Présenté(e) et soutenu(e) publiquement

le 28 octobre 2025 par

Oswaldo POLL COSTA

**L'autoritarisme relationnel brésilien dans le contexte
de l'hypermodernité**

Sous la direction de M. Xavier PHILIPPE

Professeur des universités

et de M. Anderson VICHINKESKI TEIXEIRA

Professeur des universités (UNISINOS)

Membre du Jury

M. Dominique Rousseau, Professeur émérite, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

M. Leonel Severo Rocha, Professeur des universités, UNISINOS

M. Daniel Wunder Hachem, Professeur des universités, Univ.
Fédérale du Paraná

Mme. Loiane Prado Verbicaro, Professeure des universités, Univ.
Fédérale du Pará

Résumé

Cette thèse aborde la tradition autoritaire brésilienne et, en particulier, ses manifestations au sein du pouvoir judiciaire à travers le développement du concept d'autoritarisme relationnel. À cette fin, une analyse est faite du contexte mondial actuel, marqué par la crise de l'État et l'hypermodernité – ainsi que caractérisé par une série de crises interconnectées qui conduit à une idée de chaos constitutionnel – afin de comprendre ses liens avec la présentation actuelle de l'autoritarisme brésilien. Ces liens sont fondamentaux pour déterminer quels sont les deux phénomènes juridiques les plus importants pour la reproduction d'une logique autoritaire dans notre système judiciaire actuel : l'activisme judiciaire et le garantisme pénal. Ainsi, une reconstitution historique est effectuée en cherchant à retracer une ligne de greffes juridiques et institutionnelles qui ont été décisives pour la formation de la société brésilienne, en passant par des concepts tels que la République, la démocratie et la souveraineté populaire, qui ont été transplantés sur le territoire brésilien et ont acquis ici une signification très particulière. Ces importations de concepts n'ont pas été effectuées dans le but de changer la réalité sociale, mais, au contraire, avec l'intention pragmatique de justifier le statu quo. De l'analyse du contexte international et de la tradition brésilienne, les raisons qui ont fait de l'activisme judiciaire et du garantisme pénal les deux phénomènes juridiques actuellement les plus pertinents pour la reproduction, au sein de notre système judiciaire, d'une logique autoritaire deviennent claires. Ces éléments, ajoutés à une discussion sur la définition même du pouvoir, permettent de comprendre les caractéristiques particulières de l'autoritarisme brésilien, appelé ici autoritarisme relationnel. Nous soutenons donc que l'autoritarisme relationnel se constitue comme un ensemble très large de relations, qui, en pratique, prive d'un accès effectif à la citoyenneté une grande partie d'individus qui ne sont pas insérés dans certains cercles sociaux, tout en cherchant une légitimité à travers un discours basé sur des références aux idées en vogue dans les grands centres mondiaux de production culturelle.

Summary

This thesis examines the Brazilian authoritarian tradition, with particular emphasis on its manifestations within the Judiciary, through the development of the concept of relational authoritarianism. To this end, it presents an analysis of the current global context, marked by the crisis of the State and hypermodernity – as well as characterized by a series of

interconnected crises that lead to the notion of constitutional *chão* – in order to explore its connections with contemporary expressions of Brazilian authoritarianism. These connections are essential to understanding the two most significant legal phenomena that currently contribute to the reproduction of an authoritarian logic within Brazil's justice system: judicial activism and penal garantism. A historical reconstruction is undertaken to trace the legal and institutional transplants that were decisive in shaping Brazilian society. Concepts such as Republic, democracy, and popular sovereignty—imported and adapted in a peculiar manner within the Brazilian context—are shown to have been employed not with the intent of transforming social reality, but rather as pragmatic tools to legitimize the status quo. By examining both the international context and Brazilian tradition, the thesis demonstrates how judicial activism and penal garantism have become key mechanisms for sustaining authoritarian dynamics within the justice system. These insights, combined with a critical discussion on the concept of power, enable a deeper understanding of the specific characteristics of Brazilian authoritarianism, conceptualized here as relational authoritarianism. This form of authoritarianism is defined as a broad and complex network of relationships that, in practice, denies effective access to citizenship to large segments of the population excluded from certain social circles, while simultaneously seeking legitimacy through discourses grounded in ideas promoted by major global centers of cultural production.

Mots-clés

Autoritarisme relationnel – Garantisme pénal – Mots clés – Activisme judiciaire

Crise de l'État – Hypermodernité

Keywords

Relational authoritarianism – Penal Garantism – Judicial Activism – Keywords

Crisis of the State – Hypermodernity

À mon épouse Natália, pour son amour et sa compagnie

Être immortel est une chose sans importance. Excepté l'homme, toutes les créatures sont ainsi, parce qu'elles ignorent la mort.

(Jorge Luis Borges)

Table de matières

1. PROLÉGOMÈNES.....	10
1.1 Introduction	10
1.2. Peut-on parler d'autoritarisme relationnel ?.....	19
1.2.1. Brèves notes sur la notion de pouvoir de Foucault.....	20
1.2.2. Les (mal)entendus sur l'autoritarisme.....	22
1.2.3. À quoi fait-on référence lorsque l'on parle de crise de l'État ?.....	26
1.2.4 Entre la judiciarisation de la politique et l'activisme judiciaire.....	30
1.2.5. Constitutionnalisme garantiste et garantisme pénal	33
1.2.6. Bref aperçu de la structure du pouvoir judiciaire brésilien et de certains instituts de droit procédural	35
1.3. Les transplantations institutionnelles : une approche fondée sur le droit comparé	38
1.3.1. Le comparatiste face au droit étranger	38
1.3.2. Le danger des greffes légales.....	43
PARTIE 1 – LE DROIT FACE À LA CRISE DE L'ÉTAT	51
2. L'ampleur de la crise.....	51
2.1 Crise ou chaos ? L'histoire comme forme d'explication.....	52
2.1.1 La pensée dans l'œuvre d'Hérodote	54
2.1.1.1 Le passé avant l'histoire.....	56
2.1.1.2 La pensée rationnelle dans <i>Histoire</i>	59
2.1.1.3 L'importance de la paternité	63
2.1.2 La démocratie dans l'œuvre d'Hérodote	68
2.1.2.1 Le concept de liberté.....	69
2.1.2.2 Égalité.....	73
2.1.2.3 Le gouvernement du peuple	76
2.1.2.4. La construction de l'autonomie.....	77
2.2 Les différentes interprétations de la postmodernité.....	80
2.2.1 Des concepts divers dans le spectre de la postmodernité	80
2.2.2 L'hypermodernité.....	90
2.2.3 L'hyper-réalité de la consommation selon Baudrillard.....	95
2.2.3.1 Le sens de la consommation dans la société d'aujourd'hui.....	95

2.2.3.2 Hyperréalité ou simulation	100
3. L'influence des relations de pouvoir sur l'interprétation nationale des droits de l'homme	110
3.1 La transplantation des concepts comme forme de légitimation	110
3.1.1 Latifundio et domination : la « souveraineté populaire » dans l'empire et la république	114
3.1.2 Positivisme et production intellectuelle.....	121
3.1.3 Arguments justifiant l'autoritarisme à l'Estado Novo : la « démocratie autoritaire » ..	125
3.2 Le pouvoir relationnel	136
3.2.1 La notion de pouvoir dans l'œuvre de Foucault.....	136
3.2.2 Le pouvoir dans l'État moderne	140
3.2.3 Biopouvoir	143
3.2.4 Les différentes conceptions du pouvoir : consolidation des aspects essentiels	148
3.2.5 La surveillance dans la société d'aujourd'hui.....	154
3.2.6 Le pouvoir relationnel dans le contexte judiciaire brésilien.....	159
3.3 La relation entre les traités relatifs aux droits de l'homme et le garantisme et l'activisme au Brésil.....	163
3.3.1 Droits de l'homme.....	163
3.3.1.1. La construction internationale des droits de l'homme dans le contexte de la crise de l'État.....	163
3.3.1.2. L'impact de la crise de la représentation.....	170
3.3.2 La position des traités relatifs aux droits de l'homme au Brésil	178
3.3.2.1. Le contraste entre la position doctrinale et la compréhension établie dans le STF ..	179
3.3.2.2. Vérification.....	184
3.3.3. L'incompatibilité de l'activisme judiciaire et du garantisme pénal avec le contexte international.....	188
4. Conclusions partielles.....	193
PARTIE 2 – L'AUTORITARISME DANS LE CONTEXTE JUDICIAIRE BRÉSILIEN	
.....	199
5. L'autoritarisme relationnel dans l'activisme judiciaire	202
5.1 À la recherche d'une définition : qu'est-ce que l'activisme judiciaire ?	204
5.2 Comprendre par la différence : autres points de vue sur l'activité juridictionnelle	212
5.2.1 Les limites de l'activité judiciaire	212
5.2.2 La démocratie de Dominique Rousseau	219

5.3 Analyse critique des cas possibles d'activisme judiciaire dans le système judiciaire brésilien	224
6. L'autoritarisme relationnel dans le garantisme pénal	255
6.1 Fondements théoriques : l'inégalité entre l'État-accusateur et l'individu-accusé.....	255
6.2 Le contexte national.....	261
6.3 Le garantisme pénal dans le système judiciaire brésilien.....	265
6.4 La stigmatisation dans la reproduction de l'inégalité : les conséquences sociales de l'incarcération	286
7. Conclusion	293
 Bibliographie.....	 303

1. PROLÉGOMÈNES

De nombreux concepts sur lesquels nous allons travailler dans cette thèse nécessitent une définition plus claire, soit parce qu'ils sont peu connus dans certains pays – comme c'est le cas du garantisme pénal en France – soit parce qu'ils ont des contenus très controversés. Même si, par rapport à au moins une partie de ces concepts, une approche plus approfondie est faite dans des chapitres spécifiques, il est nécessaire que ce dont il est question soit déjà évident, afin qu'une compréhension adéquate soit rendue possible dès le début de la lecture. Par conséquent, une simple introduction, même accompagnée d'un premier chapitre conceptuel, ne suffirait pas. Nous avons donc opté pour l'élaboration de cet exposé préliminaire des propositions les plus pertinentes, laissant le développement systématique de ces idées pour plus tard.

Il ne s'agira donc pas, dans ces prolégomènes, de faire une discussion complète de toutes les significations possibles de chaque concept et de défendre de manière exhaustive le sens adopté ici, mais seulement le développement suffisant pour éviter, dans la mesure du possible, toute erreur, aidant à comprendre le problème abordé ici, en se référant à l'autoritarisme et, plus précisément, dans quelle mesure la tradition autoritaire brésilienne influence la manière dont les concepts de garantisme pénal et d'activisme judiciaire sont compris et utilisés dans notre environnement juridique.

1.1. Introduction

Comprendre l'autoritarisme n'est pas une tâche facile. Lorsqu'une coupure est établie, avec l'analyse d'une certaine tradition autoritaire dans un pays spécifique, le travail devient plus palpable, mais toujours assez complexe. Dans le présent travail, nous cherchons à comprendre la tradition autoritaire brésilienne et ses effets sur notre environnement juridique, à travers l'analyse de deux des phénomènes qui ont une grande portée dans cet environnement : l'activisme judiciaire et le garantisme pénal. Cependant, il sera nécessaire d'explorer plusieurs autres concepts, ce qui permettra d'arriver à des conclusions sur la façon dont les institutions juridiques brésiliennes sont influencées non seulement par notre tradition, mais aussi par un scénario international complexe.

La première question qui peut se poser est la suivante : pourquoi l'activisme judiciaire et le garantisme pénal ? En fait, il est raisonnable de penser que d'autres

phénomènes pourraient être analysés, car les concepts et les théories juridiques explorés au Brésil sont nombreux et tous, dans une certaine mesure, doivent s'adapter à nos traditions. La réponse à cette question ne peut être trouvée en dehors de la recherche elle-même. En d'autres termes, la préoccupation à l'origine de cette recherche ne se référait pas spécifiquement à la compréhension de la façon dont l'activisme et le garantisme influencent notre environnement juridique. C'est l'intention de comprendre cet environnement et, plus précisément, d'assimiler la raison du maintien, jusqu'à aujourd'hui, d'un ensemble de relations clairement autoritaires au sein de notre système judiciaire qui a mis en évidence la nécessité d'analyser ces deux phénomènes juridiques. Pour plusieurs raisons, qui seront analysées tout au long de l'œuvre, ces deux concepts étaient ceux qui convenaient le mieux au maintien du *status quo*, même s'ils apportaient une aura de changement. Nous pouvons donc dire que l'activisme judiciaire et le garantisme pénal sont les deux principales justifications rationnelles par lesquelles la tradition autoritaire brésilienne est recherchée pour être légitimée au sein du pouvoir judiciaire aujourd'hui.

La prise de conscience de la pertinence de l'activisme judiciaire et de la garantie pénale pour l'étude du thème a donc inspiré la formulation de la *problématique de recherche* qui a guidé l'élaboration de cette thèse : dans quelle mesure la tradition autoritaire brésilienne influence-t-elle la manière dont les concepts de garantie pénale et d'activisme judiciaire sont compris et utilisés dans notre environnement juridique ? Cependant, il est important d'établir, dès maintenant, une brève autocritique. Le problème posé peut ne pas refléter exactement ce qu'était la recherche, car il peut laisser croire que la centralité de l'étude menée se situait dans les concepts d'activisme judiciaire et de garantie pénale, alors qu'en fait, il s'agissait de mieux comprendre les caractéristiques de l'autoritarisme brésilien à travers l'analyse de ces deux phénomènes au sein du pouvoir judiciaire.

L'*hypothèse fondamentale* formulée à l'origine était que l'autoritarisme brésilien trouvait, dans notre environnement juridique, de nouvelles formes de légitimité dans l'activisme judiciaire et dans la pratique de notre garantisme pénal. Ainsi, il s'est fondé sur les hypothèses que : a) l'activisme judiciaire et le garantisme pénal pratiqués au Brésil ne correspondent pas au contexte mondial actuel marqué par la crise de l'État et l'hypermodernité ; b) nous avons, au Brésil, un « garantisme qui ne garantit pas », ainsi que le fait que la différence de traitement reçue par les « clients » du système pénal brésilien, en fonction de la classe sociale à laquelle ils appartiennent, finit par concourir à l'aggravation des inégalités sociales, considérant que la stigmatisation sociale laissée par la prison réduit considérablement les opportunités de la majorité des ex-détenus ; et c) l'activisme judiciaire

pratiqué au Brésil est étroitement lié à l'autoritarisme, et dans notre environnement juridique, ce dernier a trouvé une forme de légitimation dans le premier. Cependant, au cours de la recherche, il est devenu clair que l'autoritarisme brésilien présente un ensemble de caractéristiques qui n'ont pas encore été suffisamment explorées dans la doctrine nationale. À partir de cette perception, le concept d'autoritarisme relationnel a été élaboré, constituant une contribution originale de la thèse.

Aucun de ces deux phénomènes – l'activisme judiciaire et le garantisme pénal – n'a émergé au Brésil. Ils ont été greffés sur notre territoire précisément dans ce but de légitimation. C'est un autre point qui mérite d'être clarifié. Généralement, nous sommes confrontés à la greffe de concepts de manière idéalisée : des idées, des concepts et des mouvements surgissent et se développent tout le temps dans le monde entier, pourquoi ne pas chercher l'inspiration dans ceux que nous considérons comme positifs ? Pourquoi ne pas utiliser les idées de penseurs étrangers pour améliorer nos institutions ou même les modifier complètement, si cela est compris comme approprié ? L'inspiration des modèles étrangers, en particulier en période de transformation sociale, se produit dans toutes les régions du monde et il n'y aurait aucune raison de ne pas se produire au Brésil. Cependant, ce n'est pas de cela qu'il s'agit. Dans ce travail, nous soutenons que l'activisme judiciaire et le garantisme pénal font partie d'une longue lignée de concepts qui ont été transplantés sur le territoire national sans objectif réel de transformer la réalité sociale à travers ces idées. Le but de ces importations ne serait que d'utiliser l'arsenal théorique déjà produit sur ces concepts pour légitimer le scénario social existant. Il ne fait aucun doute, cependant, que, à cette fin, le discours et la pratique doivent être très différents – ce qui est, en fait, la règle dans cette ligne de greffes que nous venons de mentionner.

Si, sur le territoire brésilien, la dynamique sociale est profondément influencée par des concepts transplantés d'autres pays, il est impossible de comprendre le scénario national sans analyser le contexte international dans lequel ces idées se développent. En fait, les raisons de la pertinence du garantisme pénal et de l'activisme judiciaire au Brésil ne peuvent être saisies qu'à travers la compréhension de ce contexte. Sans cette analyse, il serait même impossible de conclure à une distorsion des concepts en l'espèce. Ainsi, l'étude de notre histoire est fondamentale pour comprendre notre tradition autoritaire, mais la compréhension de la conjoncture mondiale dans laquelle le Brésil s'insère n'est pas moins importante. C'est pourquoi la première partie de cet ouvrage est consacrée, pour l'essentiel, à l'étude de la crise de la modernité, dans ses origines, son extension et ses effets.

Il convient de mentionner que l'expression *modernité* n'est pas utilisée comme une référence à la période de l'époque moderne, généralement identifiée comme l'inter règne entre 1453 et 1789, dont les jalons historiques sont la chute de Constantinople et la Révolution française. La soi-disant modernité, ainsi appelée dans de nombreuses études, en particulier dans le domaine de la sociologie, se réfère à la période qui commence approximativement avec les révolutions américaine et française de 1776 et 1789, respectivement, et qui, pour certains, dure jusqu'à nos jours. D'autres, cependant, en particulier ceux dits postmodernes, comprennent que la modernité est en crise depuis la seconde moitié du XXe siècle.

Même si le monde globalisé dans lequel nous vivons est formé par un ensemble incroyablement varié d'influences provenant des cultures et des traditions les plus diverses, peu de gens doutent qu'une partie considérable des bases de notre rationalité provient de la Grèce antique. Nous sommes, dans une large mesure, les héritiers du monde grec. Bien que plusieurs concepts développés par les Hellènes soient encore débattus aujourd'hui, cet héritage va bien au-delà des discussions et des définitions spécifiques. Notre compréhension du monde et nos perceptions de tout ce qui nous entoure seraient très différentes sans ce que nous avons appris des penseurs grecs.

C'est pourquoi, lorsque nous parlons de la crise de la modernité ou de la crise de l'État, nous ne pouvons manquer de penser aussi à ce que nous avons hérité des anciens – puisque, dans une certaine mesure, nous *sommes* ce dont nous avons hérité. La modernité est liée ombilicalement à d'autres périodes historiques et, en particulier, à l'Antiquité classique. La démocratie, la philosophie, la politique et tant d'autres ne sont pas de lointaines expressions. Ils font partie de notre vie quotidienne et, bien que parfois très éloignés des concepts originaux, ils définissent des aspects essentiels de notre expérience. Pour analyser la crise de la modernité, il est nécessaire de comprendre certains des fondements de la modernité elle-même, qui ne peuvent être trouvés que bien avant son avènement historique. À cette fin, l'œuvre d'un penseur antique bien référencé dans d'autres domaines de la pensée, mais pratiquement inconnu en droit, sera utilisé : Hérodote. Connu comme « le père de l'Histoire », Hérodote est un auteur central pour comprendre les origines de la pensée rationnelle dans l'Antiquité, tout en développant l'une des analyses contemporaines les plus pertinentes de la démocratie grecque. Ces deux éléments, la pensée rationnelle et la démocratie, sont fondamentaux pour la bonne compréhension de l'héritage des Grecs pour la modernité.

Nous devons également comprendre si nous avons vraiment affaire à une crise. Cela fait des décennies que nous parlons de cette crise, sans qu'il y ait de perspective concrète d'y mettre fin. Et ce n'est pas tout. Cette crise inclurait d'autres qui lui sont internes, comme la

crise de la représentativité et la crise de l'associativisme. Bien qu'il y ait sans aucun doute des éléments qui soutiennent l'interprétation selon laquelle nous vivons dans un moment de crise historique, d'autres aspects indiquent que nous assistons déjà à une nouvelle période, dans laquelle le changement constant et de plus en plus rapide, même des éléments structurels de la société, est la nouvelle règle. C'est ce que l'on pourrait appeler le *chaos*. Plusieurs changements survenus dans le monde au cours des dernières décennies ont conduit à un processus de remise en question de concepts fondamentaux tout au long de la modernité. L'un de ces concepts est la souveraineté, dont le contenu et la portée sont actuellement largement débattus. On peut citer en exemples la reconnaissance de l'absence de frontières de la question environnementale, motivée notamment par la portée mondiale des processus de dégradation de l'environnement et de leurs conséquences, ainsi que par l'internationalisation intense de la production et, par conséquent, des marchés du travail, des entreprises et de la consommation, ainsi que par l'accélération croissante des flux mondiaux de capitaux.

L'aspect le plus important pour nous de comprendre la pertinence de l'activisme judiciaire et des garanties pénales au Brésil est cependant la question des droits de l'homme. Après la Seconde Guerre mondiale, on s'est rendu compte que la protection de ces droits, ou du moins d'un ensemble minimum d'entre eux, ne pouvait être laissée à la responsabilité exclusive de chaque pays, ce qui a motivé la signature de plusieurs traités internationaux et la création de plusieurs organisations internationales et transnationales. Ainsi, le scénario actuel de crise – ou de chaos – et le processus d'internationalisation des droits de l'homme dans notre pays sont étudiés, ainsi que la compatibilité du garantisme pénal et de l'activisme judiciaire avec ce processus. En outre, une analyse est faite de la manière dont les relations de pouvoir se développent au sein du système judiciaire brésilien, en cherchant à comprendre comment la tradition autoritaire brésilienne se développe dans cette institution. Il est toutefois nécessaire de souligner qu'il n'est pas cherché à montrer que cette tradition autoritaire ne s'applique qu'au pouvoir judiciaire. Étant une caractéristique de notre société, elle se manifeste dans la plupart de nos institutions. Ce qui se passe dans le système judiciaire n'est qu'un exemple d'un processus social beaucoup plus vaste.

Bien que, comme nous l'avons mentionné précédemment, la crise de l'État soulève des questions sur des concepts dont le contenu était d'une importance fondamentale au cours de la période moderne, les changements qui se sont produits dans le monde au cours des dernières décennies ne révèlent pas exactement une rupture avec la modernité, c'est-à-dire que nous ne vivrions pas dans une période post-moderne, comme beaucoup le prétendent. L'expansion des activités financières, la circulation des capitaux et de l'information, la

consommation, entre autres, sont des éléments qui indiquent une période d'extrêmes : l'*hypermodernité*. L'une des caractéristiques de la modernité a toujours été la tension entre territorialité et globalité, entre souveraineté nationale et relations internationales, mais avec une nette prédominance de la première sur la seconde. Dans l'hypermodernité, cette tension est également exacerbée. La souveraineté est remise en question précisément en raison de l'importance croissante des relations internationales, en raison des facteurs mentionnés ci-dessus. Il n'est plus possible de parler de la prépondérance de l'aspect interne sur l'aspect externe, et aujourd'hui il y a un équilibre beaucoup plus complexe. Mais cette idée de l'exacerbation de la modernité est aussi étroitement liée à un autre concept, celui de l'hyper-réalité. En fait, l'idée d'hyper-réalité est directement liée à l'accentuation extrême de l'un des aspects de la modernité – la consommation – qui finit par resignifier complètement la réalité sociale¹, y compris en ce qui concerne les rapports de force.

Curieusement, la production académique dans plusieurs domaines du droit semble ignorer la pertinence de ces changements². Bien que les concepts d'activisme judiciaire et de garantisme pénal aient été greffés au Brésil, leur utilisation abusive est évidente, car l'usage qui en est fait sur le territoire national est totalement en décalage avec le contexte international. En ce qui concerne l'activisme judiciaire brésilien, même s'il a été importé d'autres pays, son lien intime avec notre tradition autoritaire lui confère un caractère

¹ Plusieurs auteurs seront utilisés pour traiter des caractéristiques de la postmodernité et des concepts qui s'y rattachent. La principale référence sur ce sujet est Jean Baudrillard, notamment en raison de la construction qui est faite sur le sens de la consommation dans la société et comment elle finit par générer une perte de référence qui transforme totalement les relations humaines. Les principaux travaux de compréhension de ces aspects sont *La société de la consommation* et *Simulacres and Simulation*. D'autres textes du même auteur seront également abordés, comme par exemple *Oublier Foucault*, essentiel pour comprendre la relation entre les idées de Baudrillard et de Foucault.

² En consultation avec le portail des thèses et mémoires du Capes ([https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/?](https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/)), aucune autre recherche portant sur le même thème n'a été trouvée. Il y a, en effet, des œuvres qui abordent la question des transformations du monde post-moderne et de son lien avec le droit, telles que : BUSNELLO, PRISCILA DE CASTRO. **Direito penal e pós-modernidade: bases humanistas e conteúdo ético**' 31/05/2012 199 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo; EUFLAUZINO, CAIO VINICIUS BARBOSA. **DEMOCRACIA, DIREITOS E A CONDIÇÃO PÓS-MODERNA**' 07/12/2020 138 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA; FISORI, RAPHAEL FEITOSA. **O colapso do Estado Moderno: o Direito Ambiental Internacional como precursor do Direito no mundo pós-moderno**' 07/11/2021 179 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS, Santos; REIS, MILENA JACKELINE. **PÓS-MODERNIDADE, DIREITOS HUMANOS E ALTERIDADE: UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURAL**' 01/02/2021 145 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo; RIBEIRO, LEONARDO JOSE DE ARAUJO. **Estratificações sociais e a hipermodernidade: a filosofia do Direito em Lipovetsky e um encontro com a realidade brasileira de consumo**' 01/02/2018 156 f. Mestrado em DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE, São Paulo Biblioteca. Cependant, aucune des recherches localisées n'apporte une approche analogue à celle proposée ici.

typiquement provincial. Les pratiques autoritaires de beaucoup de nos magistrats se réfèrent à une logique féodale, où chaque juge est souverain, créant sa propre loi, sa propre Constitution et son propre système juridique. Dans le même sens, le garantisme pénal appliquée au Brésil démontre une incompatibilité manifeste avec le monde d'aujourd'hui. De toute évidence, la doctrine produite dans les pays brésiliens sur le garantisme n'ignore pas complètement l'existence des traités internationaux et de la juridiction internationale. Cependant, les auteurs nationaux axent entièrement leur analyse sur l'aspect interne, en lui accordant une place évidente. L'approche qu'ils adoptent est donc essentiellement *moderne* et non *postmoderne* ou *hypermoderne*. En outre, le fait que les garanties pénales ne soient effectivement *garanties* au Brésil qu'à ceux qui ont les moyens de payer une défense bien structurée devant les tribunaux provoque une contradiction entre ce qui est défendu et ses effets pratiques. Ensemble, ces facteurs rendent très difficile la mise en œuvre effective des droits fondamentaux et des droits de l'homme dans notre pays.

Afin d'analyser comment ce réseau complexe d'éléments se développe au sein du pouvoir judiciaire, une incursion est faite dans la conceptualisation même du pouvoir et, en particulier, dans la notion de pouvoir relationnel. C'est à partir de cette idée que nous avons développé le concept d'autoritarisme relationnel, car nous comprenons qu'il est plus approprié à la compréhension des relations existantes au sein des institutions brésiliennes que la notion traditionnelle d'autoritarisme, généralement liée à l'idée d'un régime politique.

Après avoir esquissé les contours du contexte de crise actuel et établi les prémisses des rapports de force qui se développent dans nos institutions, une brève incursion dans l'histoire brésilienne sera faite. Il est nécessaire de rappeler, en ce sens, que des siècles de colonisation ont profondément marqué l'histoire du Brésil. Comme c'est souvent le cas dans ce type de processus historique – en particulier dans les colonies d'exploitation – nous avons été colonisés économiquement et culturellement. La métropole nous a imposé non seulement un modèle productif, mais tout un ensemble d'institutions et d'idées qui cherchaient à définir complètement notre existence. La production intellectuelle dans le Brésil colonial, bien qu'ayant existé, n'a jamais été encouragée par le Portugal, ayant même été inhibée par la métropole.

Dans une société segmentée entre maîtres et esclaves – avec une nette prédominance de l'un des pôles – et où le reste, à de rares exceptions près, n'était que le reste, il n'y avait pratiquement pas de place pour le développement de l'esprit. Nos premières institutions politiques, telles que les capitaineries héréditaires, ont suivi des modèles qui avaient déjà été appliqués par le Portugal dans d'autres colonies. Cette logique a également imprégné le

développement brésilien dans la période qui a suivi l'indépendance. Tant à l'époque impériale qu'à l'époque républicaine, les théories qui étaient présentes ici, ainsi que les institutions qui en découlaient, ont été apportées des pays européens ou d'Amérique du Nord.

Cependant, ces transplantations institutionnelles se sont produites de manière purement formelle. On pourrait penser que la raison de ce phénomène serait les différences entre les contextes sociaux locaux et européens ou nord-américains, qui ont empêché l'application fidèle de tous les concepts sur notre territoire. Toutefois, ce n'est pas le point fondamental. En fait, si une analyse minutieuse de la réalité locale avait été faite, il aurait été facile de percevoir que la plupart des idées importées n'auraient aucune chance de réussir ici, surtout si elles étaient mises en œuvre – comme elles l'étaient – de manière verticale. Dans ce type de transplantation, il n'y a jamais eu de réel souci de fidélité dans l'application des principes qui ont guidé les lignes théoriques dans leurs pays d'origine. La question est différente. La transplantation de divers ensembles de préceptes au cours de notre histoire n'a pas eu un caractère véritablement transformateur, du moins pas dans le sens de constituer des tentatives de rapprocher la société brésilienne du contexte européen ou nord-américain. L'objectif des secteurs de la société qui ont promu ces importations était simplement de légitimer une réalité sociale déjà existante, par l'invocation d'un ensemble d'idées en vogue dans les pays développés, ou même de légitimer certains changements qui se sont produits dans notre société, mais d'une signification et d'une ampleur très différentes de ces transformations qui ont conduit à la création de théories dans les pays d'origine. De cette façon, des concepts tels que la démocratie, la république et le libéralisme, entre autres, ont été transplantés ici, sans toutefois de transformations structurelles significatives dans notre société³.

Il convient de noter que l'importation de modèles ou d'inspirations à partir d'exemples extérieurs ou anciens est un phénomène universel. Les pères de la patrie nord-américaine eux-mêmes avaient pour références des idées et des institutions de l'Antiquité, de la Renaissance, de l'Angleterre et de la France contemporaines. La France révolutionnaire a également cherché l'inspiration dans les classiques et dans l'exemple américain.

Cependant, ce n'est pas ce que l'on trouve dans l'expérience brésilienne. Ici, les concepts n'ont pas été construits – même s'ils s'inspirent d'éléments extérieurs – comme en Europe ou en Amérique du Nord, ils ont été reproduits et utilisés de manière pragmatique.

3 Plusieurs ouvrages d'historiographie nationale abordent le thème, parmi lesquels *Racines du Brésil*, par Sérgio Buarque de Holanda, *La formation des âmes*, par José Murilo de Carvalho et *Les détenteurs du pouvoir*, de Raymundo Faoro, qui fera l'objet d'un chapitre distinct.

Dans le même sens, la justification des régimes ne s'est pas faite par la démonstration au peuple de la cohérence des idées – même parce que, pendant la majeure partie de notre histoire, le peuple a été laissé à l'écart des événements – mais par l'utilisation de la parole efficace. Les théories elles-mêmes avaient déjà leur légitimité dans leur noyau, précisément parce qu'elles ont été produites dans les grands centres culturels du monde. Comment les utiliser dans notre pays et quels sacrifices logiques seraient nécessaires pour cela étaient des problèmes secondaires.

Il est intéressant de noter que ce processus constitue également l'un des aspects de ce que nous appelons l'autoritarisme relationnel. Bien que nous comprenions que ce concept, avec quelques adaptations, peut être appliqué à d'autres contextes, la construction qui sera faite dans ce travail se réfère spécifiquement à la réalité brésilienne. Par conséquent, nos aspects historiques sont essentiels pour comprendre la formation de cette spécificité de l'autoritarisme, qui ne concerne pas spécifiquement un régime, mais plutôt une tradition. Ainsi, cette tradition autoritaire perdure dans les périodes de l'histoire brésilienne où nous vivons avec des régimes démocratiques, mais aussi dans les interrègnes des régimes autoritaires. En même temps qu'elle entretient, dans une certaine mesure, une logique autoritaire dans les périodes démocratiques, elle conduit aussi à la recherche d'une sorte de « légitimité démocratique » dans les périodes autocratiques. Il n'y a pas d'autre raison, par exemple, pour la défense inhabituelle de la soi-disant « démocratie autoritaire » sous l'un des régimes les plus fermés de l'histoire brésilienne : l'Estado Novo.

Il s'agit donc de faire un rapprochement entre les processus historiques mentionnés ci-dessus et la réalité actuelle de l'activisme judiciaire et du garantisme pénal pratiqués au Brésil. En ce qui concerne l'activisme judiciaire, ce phénomène révèle ici un caractère profondément contradictoire. En même temps qu'elle s'inspire de la pratique judiciaire et de la production académique d'autres pays, elle est essentiellement nationale parce qu'elle a pris un sens propre, clairement lié aux caractéristiques intrinsèques de notre pays. Certaines de ces caractéristiques seront abordées, dans le but de démontrer leur lien intime avec notre tradition autoritaire. Cependant, il est nécessaire de souligner qu'en liant l'activisme judiciaire à l'autoritarisme, ce n'est pas affirmer que tous les juges qui adoptent une position activiste recherchent consciemment la reproduction de structures sociales autoritaires. Il y a, de toute évidence, chez beaucoup de juges activistes, une bonne volonté. Il est cependant nécessaire de se rappeler que l'autoritarisme n'est pas dans les *fins*, mais dans les *moyens*. Il n'y a aucun moyen de garantir que cette « bonne » volonté du magistrat soit bonne pour tout le monde et pas seulement pour une petite partie de la société. Ou, en d'autres termes, il n'y a aucun moyen

de savoir si les valeurs de ce magistrat coïncideront avec les principes qui guident notre système juridique et avec la production législative démocratiquement construite.

En ce qui concerne le garantisme pénal, la critique formulée ici porte précisément sur la manière dont les principes construits il y a des décennies par les penseurs garantistes ont été appliqués au Brésil. Il ne s'agit donc pas de construire une critique de la production théorique des auteurs garantistes nationaux, mais d'analyser comment les concepts qu'ils énoncent – il faut le souligner, toujours en s'appuyant sur les grands noms du garantisme européen – sont utilisés dans la vie quotidienne du pouvoir judiciaire, ainsi que dans les phases préliminaires d'enquête. Par conséquent, dans un premier temps, les concepts exposés par plusieurs auteurs de cette ligne, tant européens que nationaux, sont utilisés afin de démontrer que certains des fondements du garantisme pénal – parmi eux, la présomption d'innocence – ont pour fondement l'inégalité des forces entre les acteurs du processus pénal, l'État accusateur et l'individu accusé. Une analyse de la différence dans le traitement reçu par les accusés dans notre système pénal est ensuite faite. À cette fin, une évaluation du contenu de plusieurs jugements sera effectuée, ainsi qu'une analyse jurimétrique de certaines interprétations jurisprudentielles de la Cour de justice du Rio Grande do Sul et du Superior Tribunal de Justiça.

Enfin, il cherche à démontrer que le garantisme pénal et l'activisme judiciaire sont profondément liés, tant en termes de leur développement dans la conjoncture internationale – tous deux liés à la crise de l'État moderne – et dans leur manifestation particulière dans le contexte brésilien, où ils constituent les principales manifestations, dans l'environnement juridique, de notre autoritarisme relationnel.

La méthode d'approche est donc phénoménologique-herméneutique, car la recherche a pour objectif final une reconstruction conceptuelle des phénomènes juridiques étudiés ici. Dans la première partie, les références théoriques liées à la crise de l'État et aux rapports de force seront exposées, ainsi qu'une brève histoire de la greffe de concepts sur le territoire brésilien comme forme de légitimation de la réalité locale. Dans la deuxième partie, nous chercherons à retracer la base sur laquelle les concepts d'activisme judiciaire et de garantisme pénal ont été construits au Brésil, en retraçant leur trajectoire institutionnelle afin de démontrer qu'ils s'inscrivent dans la tradition précédemment racontée d'importations pragmatiques de concepts. Concernant les études de cas menées dans la seconde partie de la thèse, il est important de souligner que les décisions analysées ne prétendent pas constituer une preuve concluante des phénomènes étudiés. En effet, cela serait irréalisable, compte tenu du nombre de décisions rendues par le système judiciaire brésilien et de la nécessité

d'examiner les motifs de chacune d'elles. C'est pourquoi il a été décidé d'analyser un ensemble de décisions issues d'affaires relevant de différents niveaux de juridiction et de différentes branches du pouvoir judiciaire brésilien. Plus particulièrement en ce qui concerne l'activisme judiciaire, des décisions illustrant différents aspects de ce phénomène ont été retenues, afin de fournir des exemples des diverses manières dont il se manifeste au sein de notre système judiciaire.

Enfin, quelques brèves clarifications sur les options d'écriture et de structuration de la thèse sont appropriées. Tout d'abord, en ce qui concerne les citations d'auteurs classiques, tels qu'Hérodote et Aristote, il a été décidé d'utiliser la forme traditionnelle de citation des œuvres, au format « livre, chapitre », au lieu de la page de l'édition utilisée. C'est la forme couramment utilisée dans les ouvrages dans le domaine de l'histoire et nous comprenons que c'est celle qui facilite la vérification éventuelle du texte original, qui a des dizaines et parfois des centaines d'éditions différentes.

En ce qui concerne l'utilisation de certaines expressions, même s'il y a un questionnement sur la nature au moment où nous vivons, c'est-à-dire si cela peut être qualifié uniquement de crise ou si cela constituerait déjà une nouvelle période, qui pourrait être conceptualisée comme une sorte de chaos, nous comprenons que la référence, tout au long de l'œuvre, l'expression chaos pourrait générer de la confusion et des difficultés à comprendre les sujets abordés. Nous avons donc opté pour l'usage le plus fréquent de l'expression crise, telle qu'elle s'inscrit dans la ligne de pensée liée à la postmodernité. Dans le même sens, l'expression *postmodernité* elle-même a été utilisée de manière préférentielle, plutôt que hypermodernité ou hyperréalité, même si celles-ci pouvaient être encore plus précises dans certains contextes.

1.2. Peut-on parler d'autoritarisme relationnel ?

Dans cette thèse, une approche différente de l'autoritarisme et, en particulier, de l'autoritarisme brésilien sera proposée. Pour comprendre ce point de vue, il est nécessaire de partir de la conception du pouvoir de Foucault, dans le sens où il n'y aurait pas de « pouvoir », mais seulement des relations de pouvoir. En d'autres termes, le pouvoir se développerait toujours de manière relationnelle. En plus de la proximité évidente qui existe entre les idées de pouvoir et d'autoritarisme – même si, bien sûr, il ne s'agit pas de concepts équivalents – nous croyons que cette interprétation du pouvoir est fondamentale pour comprendre le fonctionnement de la tradition autoritaire au Brésil. Il est donc nécessaire de présenter

brièvement le concept de pouvoir utilisé dans cet ouvrage avant d'entrer dans l'autoritarisme lui-même. Ensuite, les définitions de la crise de l'État, de l'activisme judiciaire et du garantisme pénal seront présentées, car il s'agit de concepts liés à la rationalité de l'autoritarisme brésilien. Le dernier élément de ce sujet sera un aperçu de la structure du système judiciaire brésilien, ainsi que du fonctionnement de certains mécanismes procéduraux.

1.2.1. Brèves notes sur la notion de pouvoir de Foucault

Bien que le concept de pouvoir soit approfondi dans la première partie de la thèse, certaines notes sont importantes, d'emblée, pour donner du sens à la conceptualisation proposée pour l'autoritarisme relationnel. Comme mentionné ci-dessus, Michel Foucault développe l'idée d'un pouvoir relationnel.⁴ Ce ne serait pas l'une des diverses manifestations du pouvoir, mais plutôt la *forme* du pouvoir. Pour l'auteur susmentionné, le pouvoir est un mode d'action des uns sur les autres, même s'il existe des structures institutionnelles où ces relations se développent. Ainsi, le pouvoir doit être analysé comme quelque chose qui circule, il n'est pas seulement entre les mains de quelques-uns et n'est jamais approprié comme une sorte de richesse. Les individus sont toujours en mesure d'exercer ce pouvoir et aussi d'en subir les effets, n'étant jamais de simples cibles passives. En d'autres termes, le pouvoir ne s'applique pas aux individus, mais passe à travers eux. Par conséquent, il ne faut pas construire une sorte de déduction de pouvoir qui, à partir du centre, s'étendrait aux fondements de la société. Au contraire, il est nécessaire de faire une analyse du pouvoir de bas en haut, en partant des mécanismes les plus petits et les plus fondamentaux, puis d'examiner comment ceux-ci sont utilisés et transformés par d'autres mécanismes et des formes de domination de plus en plus générales.

Pour Foucault, un rapport de force se définit par un mode d'action qui n'opère pas directement sur les autres, mais opère sur leur action : il s'agit donc d'une action sur l'action. De cette façon, les relations de pouvoir ne fonctionnent pas seulement par l'usage de la violence ou l'obtention du consentement. L'exercice du pouvoir ne peut se passer de l'un ou de l'autre, s'appuyant souvent sur les deux en même temps. Il convient de noter que, lorsque nous

⁴ Plusieurs œuvres de Foucault sont utilisées pour discuter de différents aspects des relations de pouvoir. Le texte dans lequel le penseur français travaille le plus clairement sa conceptualisation du pouvoir est *Le Sujet et le Pouvoir*, écrit à l'origine en anglais. *Surveiller et punir* et le premier volume d'*Histoire de la sexualité : La volonté de savoir* seront également utilisés, ainsi que certains textes présents dans un recueil publié au Brésil intitulé *Microfísica do Poder*.

définissons l'exercice du pouvoir comme un mode d'action sur les actions d'autrui, nous incluons un élément important, c'est-à-dire la liberté. Là où les conduites sont déterminées, où il n'y a pas d'espace réel pour l'action, il n'y a pas de rapport de force. Il n'y a donc pas de relation d'exclusion entre pouvoir et liberté, mais plutôt un lien plus complexe, où la liberté et la résistance apparaissent comme des conditions de l'existence du pouvoir. Le champ d'action de cette microphysique du pouvoir, dirigée par des appareils et des institutions, se situe entre ces grands mécanismes et les corps eux-mêmes. Leur étude suggère que le pouvoir exercé est une stratégie et que ses effets dominants ne sont pas liés à une sorte d'appropriation, mais à des tactiques qui devraient démontrer un réseau de relations, toujours tendues, plutôt qu'un privilège qui peut être maintenu. Ce pouvoir existe plus comme une action que comme une possession, ne représentant pas un privilège acquis par la classe dominante, mais se constituant comme un effet général de ses positions stratégiques – un effet qui n'est pas séparé de la position de ceux qui sont dominés et qui peut même être renforcé par elle.

Le fait que le pouvoir n'appartienne pas à un certain segment social ou qu'il n'est pas étroitement lié à l'une ou l'autre institution ne signifie pas qu'il n'existe pas de structures institutionnelles par lesquelles certaines relations de pouvoir sont établies, ni que celles-ci ne sont pas, en fait, fondamentales pour le maintien du statu quo. Cela est clair à travers le développement de la notion de biopouvoir. Ce concept identifie précisément la caractéristique assumée par le pouvoir dans le modèle de société disciplinaire qui s'est développé au cours de la modernité, caractérisé par l'administration des corps et la gestion calculatrice de la vie, à travers l'observation économique des problèmes de la naissance, de la longévité, de la santé publique, du logement et de la migration. Ce biopouvoir exigeait l'insertion contrôlée des corps dans l'appareil de production et l'ajustement des phénomènes démographiques aux processus économiques, rendant nécessaire la structuration d'instruments de pouvoir capables d'augmenter les forces et les aptitudes, mais sans les rendre plus difficiles à maîtriser. Ainsi, si le développement des grands appareils d'État en tant qu'institutions de pouvoir garantissait le maintien des rapports de production, les techniques de pouvoir présentes à tous les niveaux du corps social agissaient au niveau des processus économiques et les soutenaient.

En ce qui concerne le Brésil, le lien entre le pouvoir relationnel et la tradition autoritaire brésilienne réside précisément dans l'observation de Foucault selon laquelle le pouvoir ne peut vraiment appartenir à aucun individu ou à n'importe quel groupe – et, par conséquent, toutes les relations de pouvoir doivent être analysées de manière fluide, ce qui privilégie beaucoup plus un ensemble de stratégies, des positions et des relations entre différentes personnes ou segments de la société, relations toujours tendues et instables.

Cependant, cette connexion est en même temps liée à la perception que les institutions sociales, telles que le pouvoir judiciaire, sont souvent des structures préférentielles à travers lesquelles se développent des relations de pouvoir, servant d'instruments importants dans le maintien du statu quo, y compris par la reproduction et la légitimation de certains discours.

1.2.2. Les (mal)entendus sur l'autoritarisme

L'une des perceptions erronées que l'on peut surgir lorsque l'on parle d'autoritarisme au Brésil fait référence au régime politique actuel du pays. En d'autres termes, la mention de l'autoritarisme provoque, chez certains, une étrangeté découlant du fait que nous ne vivons pas actuellement sous un régime autoritaire. Cette utilisation de l'expression *autoritarisme* – en référence à un régime politique ou à un style de gouvernement – est, en fait, assez répandue. Selon l'*Oxford Reference*, par exemple, l'autoritarisme fait référence à « un style de gouvernement dans lequel les dirigeants exigent l'obéissance inconditionnelle des gouvernés ». Ses adhérents seraient donc en faveur d'un « haut degré de détermination des croyances et des comportements par les gouvernements et d'une importance proportionnellement moindre pour les choix individuels ».⁵ Même les auteurs qui ne s'inscrivent pas strictement dans cette logique développent parfois des arguments qui corroborent cette perception. Pierre Rosanvallon, par exemple, à propos du populisme, affirme qu'il constitue une forme limite du projet démocratique, qui court le risque constant de dériver vers une démocratie – c'est-à-dire « un pouvoir autoritaire qui, néanmoins, demeure doté d'une capacité (variable) de réversibilité »⁶.

L'une des raisons de la large diffusion de cette approche est probablement sa présentation dans des œuvres très influentes, comme, par exemple, *Les origines du totalitarisme* d'Hannah Arendt. Cependant, il est important de garder à l'esprit que, même si ce travail est constamment référencé lorsque nous parlons des caractéristiques des régimes autoritaires, ce concept spécifique apparaît rarement – même si, de toute évidence, des aspects de divers régimes autoritaires sont étudiés, notamment en contraste avec les caractéristiques

⁵ Disponible en <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095435698>, consulté le 12/06/2025. Dans l'original : “A style of government in which the rulers demand unquestioning obedience from the ruled. Traditionally, ‘authoritarians’ have argued for a high degree of determination by governments of belief and behaviour and a correspondingly smaller significance for individual choice.[...]”

⁶ ROSANVALLON, Pierre. Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique. Paris : Seuil, 2020, p. 15. Le chapitre 3 abordera également la définition de la démocratie présentée par Xavier Philippe.

du totalitarisme. L'un des passages les plus significatifs où il est fait expressément référence aux « régimes autoritaires » est le suivant :

Le principe du Leader n'établit aucune hiérarchie dans l'État totalitaire, comme il ne le fait pas dans le mouvement totalitaire ; l'autorité ne filtre pas du haut vers le bas à travers toutes les couches intermédiaires jusqu'au bas de la structure politique, comme dans le cas des régimes autoritaires. La raison concrète est qu'il n'y a pas de hiérarchie sans autorité et, malgré les nombreuses interprétations erronées faites par rapport à la « personnalité autoritaire », le principe d'autorité est, à toutes fins utiles, diamétralement opposé au principe du régime totalitaire. Son caractère primitif apparaît déjà dans l'histoire romaine : l'autorité, sous quelque forme que ce soit, vise à restreindre ou à limiter la liberté, mais jamais à l'abolir. La domination totalitaire, cependant, vise à l'abolition de la liberté et même à l'élimination de toute spontanéité humaine et non à la simple restriction, même tyrannique, de la liberté. Cette absence d'autorité hiérarchique dans le système totalitaire est démontrée par le fait qu'entre le pouvoir suprême (*le Führer*) et les gouvernements, il n'y a pas de niveaux intermédiaires définis, chacun ayant sa juste part d'autorité et d'obéissance. Le désir du Führer peut s'incarner n'importe où et n'importe quand, sans que le Führer lui-même ne soit attaché à une quelconque hiérarchie, pas même à celle qu'il a lui-même créée. [...] La dépendance directe était réelle, et la hiérarchie intermédiaire n'imitait qu'ostensiblement mais faussement un État autoritaire⁷.

À un autre moment, lorsqu'elle commente la création d'organisations d'avant-garde, elle suit une ligne similaire, affirmant que « le soi-disant 'principe de leadership' n'est pas totalitaire en soi ; Certaines de ses caractéristiques dérivent de l'autoritarisme et de la dictature militaire, qui ont grandement contribué à obscurcir et à sous-estimer le phénomène essentiellement totalitaire ».⁸ Pour Arendt, il y a donc une rupture presque complète entre le totalitarisme et les autres régimes, même ceux à matrice autoritaire. C'est en effet à ces régimes que l'auteur qualifie de totalitaires que sont consacrées la plupart des réflexions présentées sur ce thème, bien que les constructions liées aux autres régimes, généralement présentées comme une forme de comparaison, soient également importantes.

Il est aussi perçu que l'autoritarisme n'est pas exposé comme un ensemble de caractéristiques qui peuvent être présentes dans différentes sociétés et sous différents régimes politiques, mais plutôt comme une catégorie qui fait référence à une présentation gouvernementale spécifique. L'autoritarisme représenterait donc un type de régime dont la conceptualisation renvoie à une certaine conception du pouvoir – centralisée, hiérarchique, *fixe* – très différente de la notion de pouvoir relationnel développée par Foucault.

La conception de l'autoritarisme proposée dans la présent thèse va dans une direction différente de celle que l'on trouve dans l'œuvre d'Arendt. Tout d'abord, il est nécessaire de

⁷ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 454-455.

⁸ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 414.

souligner que de nombreux auteurs ont déjà travaillé sur l'autoritarisme en dehors d'une idée de régime politique ou de style de gouvernement, en particulier au Brésil. Lilia Schwarcz, par exemple, dans un ouvrage intitulé *De l'autoritarisme brésilien*, affirme que l'objectif du livre est de « reconnaître certaines des racines de l'autoritarisme au Brésil, qui ont émergé à l'heure actuelle mais qui, néanmoins, sont enchevêtrées dans notre histoire d'un peu plus de cinq siècles ».⁹ Elle poursuit en affirmant que certains des éléments mentionnés dans le texte servent de « passerelle pour comprendre la formation des idées et des pratiques autoritaires au Brésil ». Il convient de rappeler que l'ouvrage a eu sa première édition publiée en 2019. En d'autres termes, lorsque Schwarcz parle de l'heure actuelle, elle fait référence au régime politique brésilien actuel. Dans le même sens, Conrado Hübner affirme que « dans le ventre de la démocratie de 1988, des formes renouvelées et originales d'autoritarisme ont été créées. Même les formes qui ont des affinités avec les modèles du passé ne peuvent pas simplement être confondues avec eux ».¹⁰ Cet auteur soutient que les trente années de la Constitution de 1988 ont permis de se rendre compte que ce que l'on appelle habituellement les « décombres autoritaires » n'était pas exactement des décombres, mais plutôt un « stock autoritaire », affirmant l'importance de comprendre comment et pourquoi ce stock s'est développée et diversifiée.

À ce stade, d'autres exemples dans le même sens sont inutiles, car plusieurs seront présentés dans le chapitre faisant référence à la tradition autoritaire brésilienne, situé dans la première partie de la thèse. Il s'agit, en fait, d'une perspective commune au sein de l'historiographie produite au Brésil. Cependant, même parmi ceux qui analysent l'autoritarisme brésilien en tant que tradition, le point de vue prédominant est encore assez rigide. Bien qu'ils ne fassent pas nécessairement référence à un gouvernement autoritaire, décrivant les caractéristiques de l'autoritarisme dans notre société également en période démocratique, cet autoritarisme est presque toujours exposé comme une manifestation de force. Les institutions démocratiques seraient aussi, dans ce type d'analyse, souvent visées par des manifestations claires d'abus de pouvoir qui constitueraient l'expression maximale de cette tradition autoritaire. Ces manifestations de force fonctionneraient, dans les périodes

⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p.26.

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. O entulho autoritário era estoque: o regime nascido da Constituição de 1988 não apenas incorporou práticas da ditadura, mas criou formas novas de autoritarismo. Quatro Cinco Um. [São Paulo]: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://laut.org.br/o-entulho-autoritario-era-estoque/>. Consulté le : 01 juil. 2025, 2020.

démocratiques, presque comme des réminiscences d'interrègnes autoritaires, comme un souvenir qui n'a pas été surmonté ou un problème qui n'a pas *encore* été résolu.

Ce que nous défendons dans la présente thèse va cependant plus loin. Nous maintenons non seulement que l'autoritarisme au Brésil est indépendant du régime politique, se constituant comme une série de (pré)concepts et de pratiques qui forment une véritable tradition, mais aussi que cette tradition a sa propre caractéristique, avec des formes particulières de reproduction et de perpétuation. Ces caractéristiques sont capables de survivre, avec quelques adaptations, tant dans les périodes démocratiques que dans les interrègnes autoritaires, car elles sont plus étroitement liées à notre culture qu'un régime politique spécifique. En d'autres termes, l'autoritarisme au Brésil se réfère moins à un régime politique – même si, bien sûr, nous avons déjà eu plusieurs périodes de régimes autoritaires – et plus à une certaine présentation des relations qui s'établissent au sein des institutions brésiliennes.

Cette forme qui caractérise la tradition autoritaire brésilienne repose évidemment sur des manifestations de force. L'opinion, exposée ci-dessus, sur la présence constante de l'abus de pouvoir dans nos institutions n'est pas erronée, mais nous comprenons qu'elle est, en fait, incomplète, parce qu'elle prend la partie pour le tout. Il interprète notre tradition autoritaire comme n'étant qu'une fraction des éléments qui la constituent réellement, en mettant un accent particulier sur ses manifestations extérieures. Nous soutenons cependant que cet autoritarisme constitue un ensemble de relations beaucoup plus large, qui, en pratique, prive d'un accès effectif à la citoyenneté une grande partie d'individus qui ne sont pas insérés dans certains cercles sociaux, tout en cherchant une légitimité à travers un discours basé sur des références aux idées en vogue dans les grands centres de production culturelle du monde. C'est cela, en termes généraux, que nous appelons l'autoritarisme relationnel.

C'est souvent que l'on voit, par exemple, des décisions judiciaires qui sont qualifiées d'autoritaires parce qu'elles ne respectaient pas le droit applicable au cas d'espèce. Ces décisions sont sans aucun doute des expressions d'autoritarisme, mais elles ne sont pas de l'autoritarisme. Ils ne sont même pas sa partie la plus pertinente, bien que ils fassent partie de ses fractions les plus évidentes. Le point le plus important dans l'analyse de ce contexte autoritaire est de comprendre quels sont les aspects de la culture institutionnelle qui permettent aux juges de rendre ce type de décision et quels sont les rapports de force établis dans cet environnement qui peuvent les amener à décider de cette façon. Cela ne sera guère appréhendé à partir de l'analyse d'une seule décision et ne peut jamais être expliqué sans prendre en compte des aspects qui vont bien au-delà de ce qui est présenté comme motivation.

Dans le présent travail, nous ne cherchons pas à comprendre chaque cas isolément, en essayant de répondre à ce qui a conduit chaque juge à décider d'une manière ou d'une autre, mais plutôt à construire un support théorique capable de démontrer précisément que l'autoritarisme ne sera jamais suffisamment expliqué par une analyse ponctuelle ; qu'il ne s'agit pas d'un vice d'un certain membre du pouvoir judiciaire ou de toute autre institution publique ou privée au Brésil. La compréhension de l'autoritarisme implique nécessairement l'étude de la formation historique et sociologique d'un peuple et l'autoritarisme relationnel est la caractéristique de la tradition autoritaire au Brésil, où l'ensemble des relations interpersonnelles – qui peuvent être liées à une série de facteurs, tels que l'origine sociale ou la condition économique – définit souvent le traitement qui sera reçu dans le système judiciaire.

Il est également important de souligner que nous ne défendons en aucun cas la position des juges qui décident sur la base de critères non juridiques – même pas indirectement, en qualifiant ce type de décision d'« inévitable », puisqu'il résulte de notre tradition – ni même en reproduisant des analyses de peu de valeur, comme celles qui étudient si les juges prononcent un nombre plus ou moins élevé de condamnations après le déjeuner¹¹. Il ne s'agit pas d'adhérer à un quelconque déterminisme ou de rechercher des filigranes du comportement humain et d'en faire des analyses juridiques, mais plutôt de comprendre quelles sont les raisons qui rendent si difficile, dans la société brésilienne, le respect de l'intégrité et de la cohérence du droit.

1.2.3. À quoi fait-on référence lorsque l'on parle de crise de l'État ?

La première précision à apporter est que l'expression *crise de l'État*, dans cet ouvrage, sera utilisée comme synonyme de l'expression *crise de la modernité* – cette dernière étant également liée aux concepts de post-modernité, d'hypermodernité et d'hyper-réalité, déjà brièvement commentés dans l'introduction. Certes, il serait possible de soutenir que la crise de la modernité est un phénomène plus large, qui englobe la crise de l'État. Cependant, la pertinence de l'État en tant qu'institution pour la modernité et son caractère symbolique sont si importantes que nous pensons qu'il est plus approprié que les deux expressions soient traitées, au moins dans les limites de cette thèse, comme équivalentes. Si l'expression *crise de l'État* est

¹¹ Disponible à <<https://g1.globo.com/economia/educacao-financeira/blog/samy-dana/post/2018/10/28/qual-a-chance-de-ser-condenado-se-o-juiz-estiver-com-fome.ghml>>. Consulté le 16/06/2025.

utilisée plus fréquemment tout au long de ce texte, c'est en raison de son lien intime avec deux aspects plus proprement politiques qui sont essentiels pour l'analyse qui sera menée : la crise de souveraineté et la crise de représentation.

La première est liée à la profusion de traités internationaux signés au cours des dernières décennies et à la création de diverses organisations internationales, notamment en matière de protection des droits humains. Cette internationalisation s'est faite sous une forme juridique, symbolisée par la structure des accords et, surtout, par la création de plusieurs tribunaux internationaux. Le deuxième aspect concerne la méfiance croissante des électeurs à l'égard des élus, ce qui a ouvert un espace pour le renforcement d'autres institutions internes dans les pays, en particulier le pouvoir judiciaire, étant donné que c'est à travers lui que de nombreux citoyens cherchent la réalisation de droits déjà consolidés et même la reconnaissance d'autres. On peut donc voir que ces deux phénomènes sont très pertinents pour la compréhension de la centralité du pouvoir judiciaire dans de nombreux pays de nos jours et, par conséquent, la raison pour laquelle il constitue un objet d'étude privilégié pour la compréhension de divers éléments de la société, tels que, par exemple, l'autoritarisme.

De plus, dans le présent travail, une association est faite entre l'idée de crise et celle de chaos, mais il est nécessaire de préciser, d'emblée, que l'idée de chaos n'est pas abordée uniquement comme une référence à l'effondrement possible des structures productives en cas de réchauffement considérable de la planète dans les décennies à venir, comme l'ont fait certains auteurs dans le domaine de la sociologie. En fait, des sociologues comme Monique Pinçon-Charlot utilisent des concepts tels que chaos climatique ou chaos écologique lorsqu'ils se réfèrent aux défis liés au maintien de l'habitabilité de la planète. Cette idée est claire dans l'extrait suivant :

La confrontation entre l'oligarchie, appréhendée dans toutes ses dimensions, et le dérèglement climatique abordé lui aussi de manière multidimensionnelle, a l'avantage de permettre la mise en relation de ce qui est systématiquement présenté en zones étanches et séparées : la pollution, la fonte des glaciers, le dégel du pergélisol, la montée des températures, les inondations, l'acidification des océans, les incendies, les sécheresses ou les saisons bousculées. Car, admettre que le chaos écologique est un fait social total qui ébranle « la totalité de la société et de ses institutions », ses différents éléments, « juridiques, économiques, religieux et même esthétiques, morphologiques », selon Marcel Mauss, à l'image exacte de l'oligarchie qui s'accapare les pôles dominants de tous les secteurs de l'activité économique et sociale, constitue la condition pour que les informations les plus pessimistes puissent déboucher sur la volonté collective de lutter contre ceux qui continuent à s'enrichir « quoiqu'il en coûte » pour l'habitabilité de la planète ».¹²

12 PINÇON-CHARLOT, Monique. Les Riches contre la planète : Violence oligarchique et chaos climatique Paris, Editions Textuel, 2025, p.16.

Bien que cette perspective soit très importante, elle se limite à un seul aspect du phénomène, à savoir la compréhension que la rupture de l'équilibre climatique sur la planète peut générer une série de conséquences si importantes qu'elle peut même rendre impossible la poursuite des structures sociales que nous connaissons, générant une sorte de chaos social.

Dans cette thèse, cependant, on travaille avec une conception plus large du chaos, directement liée aux éléments de base de l'État moderne et qui se réfère à ses propres origines. En d'autres termes, la crise de l'État, qui a déjà fait l'objet de nombreuses études au cours des dernières décennies, ne représenterait pas seulement un moment ponctuel, mais plutôt une nouvelle phase de cette institution, dont les caractéristiques sont identifiables et explicables à travers une analyse historique de l'État moderne lui-même, ainsi que l'étude des événements récents qui impactent la dynamique des phénomènes qui lui sont liés.

Une autre précision pertinente est que la crise de l'État abordée dans cet ouvrage se réfère à une institution spécifique, c'est-à-dire à l'État moderne et non à une idée qui implique le concept de chose publique. Il est compréhensible que certaines conceptions qui impliquent une certaine notion de crise dans les États se concentrent sur une analyse de l'opposition entre le public et le privé et de l'accroissement significatif de ce dernier par rapport au premier, notamment en ce qui concerne sa rationalité¹³. Cependant, ce n'est pas la ligne d'analyse développée ici. Ainsi, l'émergence et le renforcement de tribunaux internationaux, dotés du pouvoir d'émettre des mandats d'arrêt contre des chefs d'État, ou des blocs de pays, avec des règles et des sanctions applicables à tous les membres de ces blocs, ne seraient pas des preuves contre la crise en question, mais, en fait, l'une de ses principales démonstrations.

Évoquant le rapport entre le droit et la géographie et, plus précisément, la notion de « piège territorial », Marie-Claire Ponthoreau rappelle que cette expression, initialement utilisée par les géographes, a été acceptée par les juristes, qui savent combien l'État, en tant qu'unité d'analyse, s'impose lorsqu'il s'agit de délimiter les compétences des organismes publics, l'usage de la force publique et l'application des lois. Elle souligne également que « cette vision

13 À cet égard, voir DARDOT, Pierre ; LAVAL, Christian. La nouvelle raison du monde: Essai sur la société néolibérale. Paris, La Découverte, 2010. L'analyse faite par Dardot et Laval est assez complexe et va bien au-delà d'une simple opposition entre public et privé. Cependant, il ne fait aucun doute que sa critique est centrée sur la croissance d'une rationalité néolibérale et privatiste, même dans des sphères traditionnellement gérées par l'État.

centrée sur l'État a de graves conséquences pour l'analyse de nouvelles formes politiques, comme l'Union européenne »¹⁴.

Cependant, la différenciation entre les formes publiques étatiques et non étatiques pose de nombreuses difficultés, d'autant plus que les organisations internationales sont souvent structurées sur la logique même de la conformation de l'État. Un exemple intéressant de ce problème est abordé par Ponthoreau lorsqu'il s'agit de la différence entre espace et territoire. L'espace, même s'il renvoie à la perception d'une extension à des limites indéterminées, est physique, contrairement au territoire, qui correspond avant tout à une appropriation politique. D'une certaine manière, l'espace est en dehors de l'État parce que le lien très étroit entre le territoire et l'État semble le projeter en dehors de la sphère de l'État. Par exemple, « l'Union européenne ne pense pas à 'son' territoire, puisqu'il est sous la juridiction de ses membres et de leur souveraineté, mais à 'ses espaces' ». Cependant, la mondialisation a remis en question l'équation selon laquelle la souveraineté territoriale correspond à la souveraineté de l'État. Au-dessus et en dehors de l'État, d'autres entités imposent leurs règles. Il suffit de penser à la question des flux migratoires en Europe, qui a même conduit à la remise en cause de l'espace Schengen. Le contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne est aujourd'hui un sujet brûlant en raison des questions de sécurité intérieure. Il est donc clair que les catégories de l'État-nation régissent nos manières d'identifier et d'expliquer les objets, tant en droit qu'en géographie¹⁵.

14 PONTTHOREAU, Marie-Claire. *Le piège territorial en droit et par le droit*. Paris : Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 8.

15 PONTTHOREAU, Marie-Claire. *Le piège territorial en droit et par le droit*. Paris : Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 14. Anderson Vichinkeski Teixeira note également que plusieurs autres types d'espaces ont gagné en importance ces dernières décennies, tels que l'espace extra-atmosphérique et l'espace numérique. Concernant ce dernier, il affirme que « l'espace numérique peut être défini comme l'ensemble des interactions, via des systèmes d'information, entre des utilisateurs situés n'importe où sur la planète et interagissant au sein de systèmes présentant différents niveaux d'ouverture communicationnelle. La nécessité d'attribuer une ouverture communicationnelle découle de l'impossibilité logique de considérer un espace numérique comme, par exemple, un réseau domestique fermé contrôlant quelques appareils sans accès internet externe. D'autre part, ce même réseau domestique, s'il dispose d'un accès ouvert à un réseau, peut être considéré comme interagissant avec un espace numérique, dans la mesure où les actes qu'il contrôle ne se limitent pas aux interactions réelles et présentes des utilisateurs du foyer entre eux, ce qui placerait la conduite de ces agents dans un réseau de normativité. » In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Constitucionalismo transnacional: história, ontologia, epistemologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 227.

Il convient également de noter que, lorsque nous travaillons sur cette question spatiale, l'opposition même, mentionnée précédemment, entre le public et le privé souffre, dans une certaine mesure, d'une relativisation.

Lorsque l'on pense, par exemple, à la notion d'espace public – ou, plus communément appelée au pluriel, d'espaces publics – se référant à l'espace de formation de l'opinion publique, il est nécessaire de comprendre que ces espaces sont des lieux physiques aux contours incertains marqués par la présence d'un public, mais ce dernier est également référencé sous ses différentes formes. Ponthoreau éclaire ce point en rappelant le traitement qui a été réservé à ces concepts pendant la pandémie de Covid-19.

La métaphore spatiale est sans doute le concept-clé de cette période de grands bouleversements que représente, notamment, la pandémie de Covid-19, au cours de laquelle « privé » et « public » ne sont pas devenus interchangeables, mais plus proches que contraires, non sans risques pour les espaces publics (dont la valeur vénale repose précisément sur leur ouverture au public). Ces risques renvoient également à la superposition de sens offerte par la notion d'« espace public ».¹⁶

En somme, les notions de public et de privé, bien que fondamentales pour l'analyse des différentes conceptions pertinentes aujourd'hui, ne sont pas nécessairement liées à l'État, ce qui peut conduire à des malentendus sur ce qui se dit lorsque l'on étudie la crise de l'État moderne. Il est donc fondamental de souligner que la crise en question concerne spécifiquement l'institution de l'*État*, en tant que phénomène historique, sociologique et politique avec ses propres caractéristiques, et que d'autres espaces qui peuvent éventuellement être qualifiés de publics dans différentes analyses peuvent ne pas se référer à ce phénomène, mais plutôt à des éléments qui soutiennent l'idée même de sa crise.

1.2.4 Entre la judiciarisation de la politique et l'activisme judiciaire

Compte tenu de la difficulté notoire de définir ce qu'est l'activisme judiciaire, étant donné la multiplicité des opinions existantes sur le sujet, nous comprenons qu'il est fondamental, déjà dans ces prolégomènes, d'exposer clairement la ligne adoptée dans cette thèse, en laissant le développement des discussions principales au chapitre consacré au sujet. Selon la Critique Herméneutique du Droit (CHD), « un juge ou un tribunal pratique l'activisme lorsqu'il décide sur la base d'arguments politiques, morales, bref, lorsque le droit est remplacé par les convictions personnelles de chaque magistrat (ou d'un groupe de

16 PONTTHOREAU, Marie-Claire. *Le piège territorial en droit et par le droit*. Paris : Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 18.

magistrats) ».¹⁷ Selon la CHD, la Constitution est le fondement de l'ensemble du système juridique et elle doit être respectée dans chaque décision rendue par le pouvoir judiciaire, et ces décisions doivent rechercher la réponse la plus appropriée sur le plan constitutionnel à un cas spécifique. Par conséquent, l'obligation de motiver les décisions, prévue par la Constitution, doit être formulée en termes précis. Il n'y a donc pas de pouvoir discrétionnaire dans la fonction du juge. Les juges et les tribunaux ne peuvent pas juger « selon leur conscience » en raison du fait que ce qui se passe dans la conscience du juge peut ne pas coïncider avec le système judiciaire.

Il est important de se rendre compte que, sous prétexte de réaliser les droits fondamentaux et de réaliser le projet démocratique de la Constitution, la position de ces magistrats va souvent exactement dans la direction opposée, c'est-à-dire qu'ils ignorent ce qui est prévu dans la Constitution et dans la législation qui lui est conforme. Ainsi, l'activisme judiciaire, au sens où il est entendu ici, configure une pratique antidémocratique, qui cache une posture autoritaire de la part des magistrats lorsqu'ils décident en fonction de leurs convictions personnelles et non conformes aux règles en vigueur dans le système juridique brésilien. Au quotidien, dans notre pouvoir judiciaire, les magistrats tranchent des questions sur la base de critères moraux, mais justifient leurs jugements par une fausse obéissance à des principes ou à des maximes d'interprétation qui, en fait, ne servent qu'à légitimer tout type de décision.

Les limites sémantiques du texte normatif ne peuvent être ignorées. Ces limites constituent une garantie de l'État de droit démocratique. La norme ne doit pas être confondue avec le texte normatif, mais il n'y a pas non plus de scission complète entre eux. La norme est toujours construite dans le cas concret, dans un processus qui implique la sélection des données de la réalité qui sont juridiquement pertinentes pour le cas en question et la collecte des textes normatifs pertinents pour ce cas ; C'est-à-dire que le texte et le cas sont des données constitutivement introduites dans la mise en œuvre de la norme. Selon la CHD, le texte n'a pas son propre sens en tant que quelque chose de prêt et de fini, mais il est fondamental dans le processus d'interprétation. Les textes ne sont pas de simples énoncés linguistiques ou des mots qui soufflent dans le vent. Par conséquent, ils ne peuvent pas être simplement laissés de côté par l'interprète.

17 STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 651, nota de rodapé n. 155.

Il est également important de faire une distinction conceptuelle très pertinente pour la définition de l'activisme adoptée ici, qui fait référence à la différenciation entre les notions de judiciarisation de la politique et d'activisme judiciaire. Il y a des auteurs qui, lorsqu'ils conceptualisent l'activisme, présentent des caractéristiques que nous comprenons comme étant liées au phénomène de la judiciarisation de la politique, définissant l'activisme judiciaire uniquement comme une participation plus large du pouvoir judiciaire à la réalisation des valeurs et des objectifs constitutionnels, avec une plus grande interférence dans l'espace d'action des autres pouvoirs.

Pour la critique herméneutique du droit, la judiciarisation de la politique est un phénomène contingent, tandis que l'activisme judiciaire se consolide comme un comportement des juges et des tribunaux, qui, par un acte de volonté, prononcent leurs jugements au-delà des limites de leur action. On pourrait dire qu'il ne s'agit que d'une divergence conceptuelle et que l'activisme judiciaire n'est, en fait, considéré par beaucoup que comme l'élargissement du champ d'action du pouvoir judiciaire, en raison d'une série de changements survenus dans la société. Cependant, lorsque nous adoptons ce concept, il devient pratiquement impossible de formuler une critique cohérente de l'activisme judiciaire. Par conséquent, nous comprenons dans le présent travail que la croissance de la performance judiciaire en fonction d'un contexte social donné est le phénomène lié à la judiciarisation de la politique, tandis que l'activisme judiciaire ne concerne que le comportement des juges, qui décident en utilisant des critères non juridiques, bien que, dans la plupart des cas, ils essaient de présenter une motivation apparemment juridique à leurs jugements.

Il s'agit en fait d'une difficulté qui se pose dans la construction de toute analyse de l'activisme judiciaire au Brésil ces dernières années, car la critique de l'activisme motivée par certaines positions de partis politiques qui n'ont pas de base théorique cohérente et, en outre, ne sont pas fondées sur une base conceptuelle claire, est devenue extrêmement courante. Ainsi, de nombreuses critiques ne se réfèrent qu'à des décisions du Supremo Tribunal Federal qui, prétendument, empiéteraient sur les attributions des autres pouvoirs¹⁸. On peut donc voir que l'argumentation principale de ces critiques se réfère au phénomène de la judiciarisation de la politique ou, du moins, s'en rapproche beaucoup plus que de ce que nous définissons ici

18 Une partie des critiques, qui fait également référence à un prétendu activisme de la Cour suprême, concerne de prétendues différences personnelles entre certains juges de la Cour et des personnalités politiques du pays. Sur ceux-ci, cependant, il est pratiquement impossible de faire un commentaire dans le domaine juridique qui aille au-delà de l'allégation d'empêchement ou de suspicion des magistrats, ce qui n'entre pas correctement dans la logique de l'activisme judiciaire.

comme l'activisme judiciaire. Il convient de noter que les critiques formulées dans ce travail à l'égard de l'activisme judiciaire comprennent également des arguments qui vont dans le sens de la légitimité démocratique des représentants élus à prendre certaines décisions par le biais du processus législatif. Cependant, ces arguments ne se réfèrent qu'à l'impossibilité pour le juge de décider selon sa conscience, en remplaçant les lois légitimement produites par le pouvoir législatif avec ses valeurs et ses croyances personnelles.

1.2.5. Constitutionnalisme garantiste et garantisme pénal

Contrairement à la profusion de significations et d'approches différentes qu'implique le concept d'activisme judiciaire, mentionné ci-dessus, le garantisme pénal est une théorie dont l'origine est bien définie et, bien qu'il y ait aujourd'hui de nombreux auteurs qui travaillent dans cette perspective, il ne fait aucun doute que le nom principal de cette ligne est celui du juriste italien Luigi Ferrajoli. Bien qu'il soit l'un des auteurs étrangers les plus cités en droit brésilien, Ferrajoli est un juriste peu connu en France. Ancien élève de Norberto Bobbio, son travail a eu un impact remarquable en Italie, en Espagne et en Amérique latine.

La théorie du garantisme va bien au-delà du champ d'application du droit pénal et de la procédure pénale. Luigi Ferrajoli distingue trois significations du constitutionnalisme garantiste : le modèle ou le type de système juridique, la théorie du droit et la philosophie politique. Modèle du système juridique, le constitutionnalisme garantiste se caractérise, par rapport à ce qu'il appelle le « paléo-juspositivisme », par la positivation des principes qui devraient sous-tendre toute production normative. En tant que théorie du droit, le constitutionnalisme garantiste thématise la divergence entre le devoir d'être (constitutionnel) et l'être (législatif) du droit, caractérisée par la distinction entre *validité* et *vigueur*, puisqu'il admet l'existence de normes en vigueur même si elles sont invalides, puisque, bien qu'elles aient été produites conformément aux normes procédurales lors de leur formation, elles sont incompatibles avec les normes substantielles prévues par la constitution. En tant que philosophie politique, le constitutionnalisme garantiste consiste en une théorie de la démocratie. Il ne s'agit pas seulement d'une théorie abstraite du bon gouvernement, mais plutôt d'une théorie de la démocratie substantielle¹⁹.

19 FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

Le garantisme marque essentiellement le passage d'un avant à un après dans le droit : de l'État de droit législatif à l'État de droit constitutionnel, ou même de la démocratie formelle à la démocratie substantielle, dans laquelle les droits fondamentaux délimitent une sphère de ce que le législateur ne peut pas décider, ou de ce qu'il ne peut manquer de décider, en particulier dans le domaine des droits sociaux. Ce phénomène d'invalidité matérielle, appliqué aux lois en fonction de leurs sources constitutionnelles, provoque un changement de paradigme dans la manière de concevoir le droit et la démocratie, dont le positivisme de Kelsen et Bobbio n'aurait pas mesuré la portée²⁰.

La théorie de la validité qu'elle construit permet donc d'identifier le *droit illégitime*, qui peut être un droit en vigueur (validité formelle), efficace, mais invalide (invalidité matérielle), ou encore un droit formellement valide (en vigueur) et matériellement valide, mais inefficace. Il s'agit d'un point fondamental. Dans la démocratie constitutionnelle, la loi en vigueur n'est pas nécessairement une loi valide, et une loi valide n'est pas nécessairement une loi efficace. La loi peut être en contradiction avec la constitution, tout comme la loi peut présenter des lacunes par rapport aux exigences du système juridique. La force de l'État de droit constitutionnel, qui a émergé après la Seconde Guerre mondiale – du moins d'un point de vue juridique – réside précisément, selon Ferrajoli, dans l'écart qui peut exister entre le droit qui existe et le droit qui doit exister selon l'ordre juridique, et donc dans la possibilité qu'il offre aux titulaires de droits insatisfaits d'invalidier, par l'appel aux garanties, les actions et omissions des autorités²¹.

Toutefois, au Brésil, les branches du droit dans lesquelles le garantisme a eu la plus grande répercussion sont, sans aucun doute, le droit pénal et le droit de procédure pénale. Les garanties données aux accusés dans le cadre d'une procédure pénale sont le résultat d'une longue évolution historique, au cours de laquelle on s'est rendu compte que la violence perpétrée par l'État, bien qu'étant la seule violence légitime, est probablement la plus injuste, compte tenu de l'inégalité des forces entre les parties impliquées : d'une part, l'État et, d'autre part, un individu. Ainsi, tout un ensemble théorique a été construit qui guide le raisonnement selon lequel l'application de la violence d'État, pour être légitimée, doit être précédée d'un processus. Ferrajoli affirme que le processus pénal n'existe pas pour protéger la victime ou la

20 BOUCOBZA, Isabelle. *La théorie du droit illégitime et les garanties des droits fondamentaux dans l'œuvre de Luigi Ferrajoli*. HERRERA, Carlos Miguel ; PINON, Stéphane. La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux., Éditions Kimé, p.41-60, 2012, p. 42-43.

21 BOUCOBZA, Isabelle. *La théorie du droit illégitime et les garanties des droits fondamentaux dans l'œuvre de Luigi Ferrajoli*. HERRERA, Carlos Miguel ; PINON, Stéphane. La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux., Éditions Kimé, p.41-60, 2012, p. 44-45.

société, en général, contre la criminalité, mais plutôt l'accusé, précisément parce qu'il est le plus faible dans sa relation avec l'État. De cette façon, la procédure pénale ne sert pas à protéger la majorité, mais plutôt à protéger, même contre la majorité, les citoyens individualisés qui, même s'ils sont suspects, ne peuvent être considérés comme coupables sans preuves.

De plus, dans cette perspective, il ne s'agit pas d'un quelconque type de procédure susceptible de légitimer la violence perpétrée par l'État. Il est nécessaire de suivre un modèle accusatoire, garantissant à l'accusé une série de droits. Parmi celles-ci, l'une des principales est la garantie de la présomption d'innocence, c'est-à-dire qu'il appartient à l'État – dans les cas d'action pénale d'initiative publique – de prouver la culpabilité d'un certain individu, et l'inertie des deux parties conduirait à l'acquittement. En réalité, les accusés dans le cadre de la procédure pénale doivent faire face au risque constant de perdre leur liberté. Pour Ferrajoli, cependant, une personne innocente ne pourrait jamais avoir ce genre de peur, car l'arrestation d'un individu non coupable est l'une des plus grandes représentations de l'arbitraire du pouvoir de l'État. Selon le juriste italien, seule la méfiance d'une personne innocente est déjà capable d'enlever la légitimité de l'ensemble du système.

La justification morale du garantisme pénal réside donc dans l'endiguement du pouvoir punitif de l'État, qui découle de la reconnaissance de l'inégalité des forces entre les parties impliquées dans la relation État-individu.

1.2.6. Bref aperçu de la structure du pouvoir judiciaire brésilien et de certains instituts de droit procédural

Étant donné que le présent travail ne s'adresse pas uniquement aux juristes brésiliens, il est important de clarifier certains points qui peuvent sembler triviaux à ceux qui sont habitués au contexte juridique du Brésil, mais qui peuvent être presque totalement étranges au public français – même parmi ceux qui se consacrent à l'étude du droit – et aussi aux lecteurs d'autres domaines de connaissance. Ainsi, il est nécessaire de présenter un bref aperçu de la structure du système judiciaire brésilien, ainsi que de certains instituts juridiques qui seront pertinents pour la compréhension des réflexions proposées et, dans la deuxième partie de la thèse, des cas présentés. Il est nécessaire de souligner qu'il ne s'agit pas, à ce stade, d'exposer toutes les caractéristiques des organes et des instituts mentionnés, ni d'approfondir une

discussion sur des points qui ont une sorte de controverse juridique, mais seulement d'indiquer les aspects nécessaires à la compréhension de l'œuvre.

Les organes du pouvoir judiciaire brésilien sont prévus à l'article 92 de la Constitution fédérale et sont le Supremo Tribunal Federal, le Conselho Nacional de Justiça, la Superior Tribunal de Justiça, le Tribunal Superior do Trabalho, les tribunaux régionaux fédéraux et les juges fédéraux, les tribunaux du travail et les juges du travail, les tribunaux électoraux et les juges électoraux, les tribunaux militaires et les juges militaires, et enfin, les tribunaux et les juges des États et du District Fédéral. Bien que l'article susmentionné parvienne à couvrir, dans une certaine mesure, tous les organes du pouvoir judiciaire, il n'en fournit certainement pas une description complète, car il ne fournit pas exactement, par exemple, combien et quels sont les tribunaux régionaux fédéraux ou les tribunaux régionaux du travail. En fait, même deux juridictions supérieures ne sont pas explicitement envisagées dans cette liste, à savoir le Tribunal Superior Eleitoral et le Superior Tribunal Militar – qui, bien sûr, ne cessent pas d'être des « tribunaux », l'un électoral et l'autre militaire, et sont donc implicitement prévus à l'article 92, et expressément seulement aux articles 118 et 122 de la Constitution, respectivement.

La Cour suprême du pays est le Supremo Tribunal Federal, composée de onze juges. En plus d'être la cour constitutionnelle, elle a plusieurs autres attributions, comme, par exemple, la juridiction pénale pour juger certaines des autorités de la République. Le tribunal est divisé en deux collèges de cinq juges, auxquels le président du tribunal ne participe pas. Le Conselho Nacional de Justiça, en revanche, n'est pas un organe juridictionnel, et ses attributions sont liées au contrôle de l'action administrative et financière du pouvoir judiciaire et à l'accomplissement des devoirs des juges. Le Superior Tribunal de Justiça, quant à elle, est composée de trente-trois juges, et dispose également d'un large éventail d'attributions, y compris dans le domaine pénal, mais sa compétence principale se réfère à l'interprétation finale des normes infraconstitutionnelles du système juridique brésilien.

Outre les autres juridictions supérieures, déjà mentionnées, chaque unité de la fédération dispose d'une Cour de justice et d'un Tribunal électoral régional. Il existe également 24 tribunaux régionaux du travail et 6 tribunaux régionaux fédéraux. Dans ces cas, les tribunaux ont une couverture territoriale qui peut être supérieure à la superficie d'un État. Il convient de mentionner que certains États ont également des tribunaux de justice militaire indépendants, tandis que dans d'autres, les affaires militaires sont jugées par des organes spécialisés au sein des cours de justice. Enfin, il y a l'exercice de juges uniques, qui agissent au premier degré de juridiction des différentes branches de la magistrature brésilienne.

Le système d'appel brésilien est également assez complexe, mais nous pouvons dire que la plupart des affaires commencent en première instance et, plus tard, sont jugées par un tribunal de deuxième instance, lorsqu'un certain type d'appel ordinaire est déposé. La plupart de ces affaires peuvent être portées devant une juridiction supérieure – si les conditions de recevabilité sont remplies – par le biais d'un appel de nature extraordinaire, qui, selon la branche du pouvoir judiciaire, peut porter différents noms.

En ce qui concerne plus particulièrement le droit pénal, il est important d'aborder certaines caractéristiques des types de détention des personnes qui n'ont pas encore été condamnées. Le type le plus pertinent et le plus largement utilisé dans la législation brésilienne est la détention préventive, dont les caractéristiques sont énoncées dans le Code de procédure pénale. L'article 312 du Code dispose que cela peut être décrété comme une garantie de « l'ordre public, de l'ordre économique, pour la préservation de l'enquête pénale ou pour assurer l'application de la loi pénale, lorsqu'il existe une preuve de l'existence du crime et des preuves suffisantes de la commission du crime par le suspect et du danger généré par l'état de liberté de l'accusé ». La dernière partie de la disposition se réfère aux exigences généralement identifiées doctrinalement comme *fumus comissi delicti et periculum libertatis*, c'est-à-dire la présence d'éléments de conviction sur la commission du crime, ainsi que sur le risque que le suspect peut représenter s'il reste en liberté. En outre, il est également nécessaire qu'il s'agisse d'un crime intentionnel passible d'une peine maximale de plus de quatre ans, que l'accusé soit récidiviste, que le crime implique des violences domestiques ou, même, qu'il existe un doute fondé sur l'identité de la personne, le tout aux termes de l'article 313 du Code²².

Un autre type important de détention est la détention provisoire, dont les règles sont prévues par la Loi 7.960/89. Celle-ci peut être décrétée par le juge sur demande de l'autorité de police ou à la demande du ministère public et sera assortie d'un délai de cinq jours,

22 Art. 313. Aux termes de l'art. 312 du présent Code, l'ordonnance de détention préventive sera autorisée : I - dans les délits intentionnels punis d'une peine privative de liberté maximale de plus de 4 (quatre) ans ; II - si la personne a été condamnée pour un autre délit intentionnel, par un jugement définitif et exécutoire, sauf dans les cas prévus au point I du chapitre de l'art. 64 du décret-loi n° 2.848 du 7 décembre 1940 - Code pénal ; III - si le délit implique une violence domestique et familiale contre les femmes, les enfants, les adolescents, les personnes âgées, les malades ou les personnes handicapées, pour assurer l'exécution de mesures de protection urgentes ; § 1. La détention préventive sera également autorisée lorsqu'il existe un doute sur l'identité civile de la personne ou lorsque la personne ne fournit pas de preuves suffisantes pour la clarifier, et le détenu doit être libéré immédiatement après identification, à moins qu'une autre hypothèse ne recommande le maintien de la mesure. § 2 La décision de détention préventive visant à anticiper l'exécution d'une peine ou à la suite immédiate d'une enquête pénale ou de la présentation ou de la réception d'une plainte n'est pas autorisée.

prorogeable d'une durée égale en cas de « nécessité extrême et avérée », aux termes de l'article 2 de la loi susmentionnée. Il convient de mentionner que, dans le cas de certains crimes, appelés en portugais « crimes hediondos », la Loi 8.072/90 prévoit que la durée de la détention provisoire est de trente jours et qu'elle peut être prolongée pour une période égale. Ce type d'arrestation s'applique « lorsque l'individu désigné n'a pas de domicile fixe ou ne fournit pas les éléments nécessaires pour éclaircir son identité » ou lorsque cela est essentiel pour les enquêtes policières et qu'il existe des indices fondés de la commission ou de la participation de l'accusé à l'un des crimes prévus dans la troisième partie de l'article premier de la Loi 7.960/89²³.

1.3. Les greffes institutionnelles : une approche fondée sur le droit comparé

La proposition faite dans la présente thèse, en ce sens que l'histoire du Brésil est marquée par une longue série de greffes institutionnelles²⁴, soulève un problème qui a déjà été largement abordé dans le domaine appelé par beaucoup le droit comparé : est-il possible de faire une transplantation institutionnelle entre deux territoires, avec des aspects culturels, historiques, politiques et juridiques différents ?

23 III - lorsqu'il existe des motifs fondés, conformément à toute preuve admise en droit pénal, de la paternité ou de la participation de l'accusé aux crimes suivants : a) homicide volontaire (art. 121, caput, et son § 2) ; b) enlèvement ou séquestration (art. 148, caput, et ses §§ 1 et 2) ; c) vol qualifié (art. 157, caput, et ses §§ 1, 2 et 3) ; d) extorsion (art. 158, caput, et ses §§ 1 et 2) ; e) extorsion par enlèvement (art. 159, caput, et ses §§ 1, 2 et 3) ; f) viol (art. 213, caput, et sa combinaison avec l'art. 223, caput, et alinéa unique) ; (Voir Décret-loi n° 2.848 de 1940) g) atteinte violente à la pudeur (art. 214, caput, et sa combinaison avec l'art. 223, caput, et alinéa unique) ; (Voir Décret-loi n° 2.848 de 1940) h) enlèvement violent (art. 219, et sa combinaison avec l'art. 223 caput, et alinéa unique) ; (Voir Décret-loi n° 2.848 de 1940) i) épidémie ayant entraîné la mort (art. 267, § 1°) ; j) empoisonnement de l'eau potable, des aliments ou des substances médicinales qualifié de mort (art. 270, caput, combiné avec l'art. 285) ; l) bande ou gang (art. 288), tous du Code pénal ; m) génocide (art. 1°, 2° et 3° de la loi n° 2.889, du 1er octobre 1956), sous toutes ses formes typiques ; n) trafic de drogue (art. 12 de la loi n° 6.368, du 21 octobre 1976) ; o) crimes contre le système financier (loi n° 7.492, du 16 juin 1986). p) crimes prévus par la loi sur le terrorisme.

²⁴ Bien qu'il existe différentes conceptions sur le sujet, dans cette thèse nous utilisons le concept de transplantations institutionnelles comme genre dans lequel s'insèrent les transplantations juridiques. En effet, des modèles majeurs tels que la Démocratie ou la République s'inscrivent dans la lignée des transplantations institutionnelles évoquées ici et, bien que celles-ci aient évidemment des ramifications juridiques, leur impact social dépasse largement le cadre du droit. D'autres expressions sont également utilisées tout au long du texte pour désigner ces transplantations institutionnelles et juridiques, comme l'importation d'idées et de concepts. Il convient de rappeler qu'outre les réflexions développées dans ce chapitre, des juristes tels que Rodolfo Sacco ont étudié et développé la théorie des formants juridiques, cherchant à mettre en évidence, par la méthode comparative, la dissociation des formants légales, jurisprudentiels et doctrinaux, ainsi que l'existence de règles cachées et tacites dans tout système juridique, même dans les systèmes de sociétés complexes, comme les sociétés occidentales modernes. Voir SACCO, Rodolfo. *Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2007.

De nombreux comparatistes comprennent que oui, qu'une greffe légale ou institutionnelle fonctionne d'une manière analogue à celle d'un organe humain et que l'institution transplantée continue à se développer comme dans son système d'origine. Cependant, il est important d'aborder, même brièvement, les idées et les critiques développées par Pierre Legrand, afin de démontrer qu'il n'y a pas de véritables greffes juridiques – ou, en élargissant un peu ces conclusions, de greffes institutionnelles de quelque nature que ce soit – puisque, lorsqu'elle est prise d'un pays à un autre, toute norme juridique passera toujours par un processus d'adaptation. Cela le transformera en quelque chose, dans une certaine mesure, de national. Il convient de noter que cette réflexion n'est en aucun cas en dissonance avec les processus décrits dans cette thèse, car ce sont précisément la forme et les objectifs qui guident, au Brésil, cette adaptation institutionnelle qui sont discutés ici.

1.3.1. Le comparatiste face au droit étranger

La raison de l'impossibilité de réaliser de véritables greffes juridiques ou institutionnelles, telles qu'elles ont déjà été idéalisées par certains comparatistes, est directement liée à la relation propre de l'interprète avec le droit étranger. En ce sens, Legrand soutient que ce droit ne doit pas être envisagé comme quelque chose d'extérieur au sujet qui l'interprète, puisqu'il est impossible que l'allochtone soit conçu indépendamment de l'interprète et de son interprétation, de sorte que le droit étranger ne peut jamais être appréhendé comme tel. De même que la distance est une condition de la connaissance du droit étranger, elle rend cette connaissance impossible, puisque la simple appréhension de cette connaissance la transforme en partie de l'interprète lui-même. Cela ne signifie pas que l'enquête sur le droit étranger aboutit toujours à une enquête sur l'existence du comparatiste lui-même, mais seulement qu'aucune recherche comparative ne peut se séparer de celui qui l'incite à l'origine²⁵.

Pour bien comprendre la vision de Legrand sur le droit étranger, il est nécessaire de comprendre ses critiques du positivisme dans le domaine comparatiste. Pour lui, même si tout comparatiste positiviste se concentre sur les lois ou les cas, proposant la juxtaposition de lois substantielles et procédurales dans des schémas de classification formalisés, les études juridiques comparées recèlent de nombreuses versions du positivisme :

²⁵LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 33-34.

Par exemple, il est possible de distinguer, de manière spéculative, un positivisme « poreux » pratiqué aux États-Unis et sa déclinaison « hermétique » trouvée en Europe continentale. Une fois de plus, malgré ses diverses formulations, l'agenda positiviste partage un certain nombre de caractéristiques épistémologiques. Notamment, le positivisme soutient la proposition selon laquelle seul ce qui est contraignant en tant que droit compte comme droit. De plus, les positivistes de tous bords s'intéressent principalement à l'analytique, c'est-à-dire à la technique juridique et à la rationalisation de la technique juridique. Ils promeuvent la « dogmatique juridique », pour traduire une expression consacrée en allemand, dans la mesure où ils cherchent à agencer le Droit sous la forme d'une représentation ordonnée et systématique des différents textes mis en vigueur par l'État. Dans cet esprit, ses objectifs d'enquête restent, sans déviation, les règles – c'est-à-dire ce qui a été déterminé par les autorités compétentes comme étant le droit et l'exécution faisant autorité de ces règles. Selon la doctrine positiviste, ces performances se limitent à une sorte d'écriture blanche, c'est-à-dire aussi scrupuleusement exégétique ou, si l'on préfère, aussi verbeuse que possible.²⁶

Si Legrand n'entend pas réfuter l'affirmation selon laquelle chaque comparatiste parle avec une voix révélatrice d'une certaine idiosyncrasie, il soutient que les comparatistes orthodoxes proposent une approche du droit qui semble suffisamment proche des perspectives défendues par d'autres comparatistes orthodoxes, pour qu'il soit possible de subsumer légitimement toutes ces stratégies sous la rubrique du « positivisme ». Dans une analyse succincte, le positivisme juridique se présente comme une technologie de connaissance analytique selon laquelle ce qui est valide en tant que droit n'est, comme indiqué ci-dessus, que ce qui est contraignant en tant que droit. La normativité et l'obligation étant ainsi organisées, l'interprète de la loi – qu'il s'agisse par exemple d'un juge, d'un avocat, d'un professeur ou d'un étudiant – se donne pour tâche une description complète, sans aucune déformation. Pour les comparatistes orthodoxes, si, d'une part, ce n'est que ce qui est contraignant en tant que droit qui doit être formulé comme objet exclusif d'étude, d'autre part, le comparatisme doit attester de ce droit contraignant au moyen d'exposés rigoureusement logiques et systématiques, dans un souci de stricte exactitude, d'une manière prétendument neutre, objective et scientifique. Il n'est pas surprenant que l'insistance du positivisme sur le caractère obligatoire ait traditionnellement signifié que le droit devrait être limité à la loi *en vigueur* dans une juridiction donnée. Par conséquent, on peut dire que l'une des « grandes réalisations du 'droit comparé' est d'avoir réussi à dénationaliser le positivisme juridique, c'est-à-dire à élargir le champ d'application du positivisme juridique pour inclure les positivismes nationaux étrangers dans la structure sémantique légitime du mot 'droit' en tant

²⁶LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 39.

que point central d'étude », même si le droit des autres pays est, en principe, dépourvu de tout caractère contraignant en dehors de ses propres frontières²⁷.

Cependant, le positivisme juridique ne peut pas répondre aux exigences du comparatisme. En effet, il n'est pas possible de se contenter de transposer au-delà des frontières nationales une approche du droit, telle que le positivisme, qui s'est développée dans un cadre national pour répondre à des préoccupations techniques ou pratiques. Chaque situation, nationale ou transnationale, soulève en effet des questions épistémologiques qui lui sont propres. Au niveau national, la formulation d'un environnement juridique harmonieux au nom de valeurs telles que la prévisibilité et la sécurité peut en effet justifier la tentative d'éliminer les conflits. C'est ainsi qu'un juge cherchera légitimement à s'assurer que sa décision n'est pas en contradiction avec la loi ou d'autres décisions précédemment rendues dans le cadre du pouvoir judiciaire. Cependant, il n'est pas possible d'établir le même type de raisonnement dans le scénario transnational. Si les valeurs de prévisibilité et de sécurité juridique sont importantes à la fois dans les affaires impliquant plus d'une loi et dans des situations essentiellement locales, dans les premières affaires, les questions de prévisibilité et de certitude juridiques doivent être confrontées à d'autres idées, qui sont spécifiques aux dynamiques qui impliquent le droit étranger. Ces idées fondamentales peuvent être qualifiées de « reconnaissance » et de « respect » – ce qui ne doit pas, selon Legrand, impliquer une complaisance forcée à l'égard des régimes politiques fondamentalistes. Ces notions démontrent que l'autre ne peut jamais être réduit à un simple *alter ego*. Ce faisant, les pratiques de reconnaissance et de respect amènent le soi à résister à la pensée totalitaire ou hégémonique et à l'empêcher de s'articuler comme un référent en vertu duquel l'autre doit être évalué. Si l'univocité peut être souhaitable à l'échelle locale, les exigences épistémologiques soulevées dans les situations transnationales imposent l'équivocité. Ainsi, le positivisme des comparatistes orthodoxes, bien que géographiquement déterritorialisé, est resté dans l'orbite de schémas nationaux mal adaptés à la complexité du monde juridique postnational. C'est pourquoi étudier le droit étranger dans une perspective positiviste, c'est le « placer dans un déficit d'altérité ».²⁸

En tentant de proposer une interprétation rationnelle des dispositifs juridiques, en systématisant et en éliminant les lacunes et les contradictions apparentes, « les positivistes souscrivent à un type d'écriture qui cherche à se présenter comme un mode non problématique

27LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 37-38.

28LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 39-40.

et non situé, cherchant à rester homogène avec les finalités du discours dominant, qui le précèdent (et le définissent) ». Le positivisme cherche donc à développer des propositions exactes sur ce qu'est le droit, en essayant de démontrer son imperméabilité à toute question susceptible d'affecter l'interprétation. Selon Legrand, l'exclusion de tout engagement politique ou investissement personnel de l'interprétation est un principe important du positivisme. Ainsi, toute manifestation doit obéir, dans toute la mesure du possible, à la logique de la réplique textuelle. Un commentaire convient aux positivistes lorsqu'il est présenté de manière complètement répétitive. C'est donc la duplication du « texte-sur-le-texte » – la décision judiciaire sur la loi ou la doctrine sur la décision judiciaire – qui garantit la stabilisation du sens, visant à promouvoir une répétition sûre même face aux circonstances les plus diverses, qui offre le genre de certitude confortable qui accompagne une immobilité fondamentale. En bref, le positivisme veut se montrer comme étant simplement « là » et non comme étant arrivé là où il est à travers des processus de contestation des pratiques alternatives²⁹.

Le positivisme ignore qu'il est nécessaire de penser la comparaison des droits comme une analyse des relations de pouvoir qui y sont implicites. Ou, pour reprendre les mots de Legrand, « comment le comparatiste pourrait-il ne pas se demander : qui, par le texte de la loi, exerce le pouvoir et sur qui ? Qui se voit refuser l'accès au pouvoir et à quel prix ? Quels sont les intérêts servis par le discours juridique tel qu'il est défini, limité et imposé ? » Seules les réponses à ces questions permettront au comparatiste de donner la parole, à travers la sienne, aux minorités et aux marginalisés qui constituent aussi – ainsi que l'orthodoxie qui les relègue au second plan – ce droit sur lequel s'arrête l'observateur³⁰.

Ainsi, les positions issues du champ de l'orthodoxie positiviste, en ce sens qu'il n'y a pas de véritables distinctions entre les systèmes juridiques des différents pays, ne rendent manifestement pas justice à la singularité des droits étrangers, c'est-à-dire des droits qui, pour le comparatiste, sont différents de « son » droit. Mais le fait est que, s'il y a plus d'un droit, il y a une différence ou un différend entre ces droits. La question est de savoir ce que le comparatiste fera face à cela. Acceptera-t-il, par exemple, de reconnaître que, si la législation française n'autorise pas, dans les écoles publiques, l'utilisation de symboles ou de vêtements qui attestent « ostensiblement » d'une appartenance religieuse, cette décision s'explique par

²⁹LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 40-41.

³⁰LEGRAND, Pierre. *Le Droit Comparé*. 5e édition. Paris : Presses Universitaires de France, 2016, p. 111-112.

des raisons historiques, politiques, sociales et épistémologiques, qui méritent d'être précisées comme éléments constitutifs du texte législatif pertinent, si l'on veut revendiquer une compréhension sérieuse du droit ? Et le comparatiste reconnaîtra-t-il que si la Cour suprême du Canada permet à un enfant de douze ans d'origine *sikhe* de porter son poignard rituel en métal – appelé « kirpan » – c'est parce qu'il y a, là aussi, des raisons historiques, politiques, sociales et épistémologiques qui méritent d'être clarifiées en tant qu'éléments constitutifs du droit si nous voulons prétendre à une compréhension sérieuse du jugement ?³¹

Sur ce même exemple, Legrand développe d'autres réflexions dans d'autres ouvrages. Il soutient que l'intérêt que le droit français et la décision de la Cour canadienne ont pour les études juridiques comparées dépasse de loin ce que les positivistes ont considéré comme des connaissances juridiques acceptables. En ce qui concerne le droit français, le positivisme axerait son analyse sur la distinction entre la loi et les décisions judiciaires du Conseil d'État qui devraient être liées au texte législatif, sans tenir compte des réflexions éthiques, politiques ou économiques. Cependant, cela n'exclut pas la conclusion selon laquelle le droit français et la décision judiciaire canadienne véhiculent des discours juridiques différents, présentant des configurations historiques, des rationalités politiques, des logiques sociales et des hypothèses épistémologiques différents. Il est important de souligner que ces discours « ne doivent pas être considérés comme extérieurs au droit-texte ou contextuels par rapport à celui-ci, c'est-à-dire comme une sorte d'ornement appartenant au domaine du non-droit. De plus, ces discours, ou plutôt ces discours en tant qu'héritages [...] participent de la texture même du droit-texte». ³²

Une implication importante qui résulte de cette compréhension est que, contrairement à ce que soutient le positivisme, le texte juridique qui exclut les considérations culturelles n'a jamais existé. Alors que pour les positivistes, une explication doit englober le droit dans son ensemble, mais rien au-delà du droit, le fait est qu'il n'existe pas, et ne peut pas exister, une chose telle qu'un droit « pur ». Des éléments apparemment extérieurs au droit, tels que l'histoire, la politique, etc., se révèlent être aussi présents que le texte juridique lui-même. Le droit étranger est qualifié comme tel précisément parce qu'il est imprégné d'altérité par d'autres discours. Et cela se produit précisément parce que l'idée que le droit est complètement

31LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 41-43.

32LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 47-48.

présent comme quelque chose qui ne peut être que juridique, au sens strict, se révèle être fatalement erronée³³.

Legrand cherche donc à opérer une resignification, c'est-à-dire à transformer la manière dont se construisent les « objets » de la connaissance de la comparaison en droit, mais aussi à déplacer les désirs du « sujet », qui n'insisterait plus pour cacher le droit étranger. Cette rupture épistémologique implique un exercice patient, animé par le souci souvent ingrat de lever les masques textuels pour faire remonter à la surface, au profit du droit étranger également, ce qu'il y a au-delà du texte. Cette approche exige d'accepter l'instabilité ou l'insécurité, l'effet de précarité et de fragmentation que provoque l'interaction entre le comparatiste et son objet. Il n'est plus question, par exemple, de neutralité, d'impartialité, d'objectivité ou de vérité. Il s'agit de libérer la comparaison d'une conception positiviste du droit qui la limite, tout en ramenant les limites que cette conception du droit efface, telles que l'indétermination et l'incomplétude³⁴.

1.3.2. Le danger des greffes juridiques

Comme le montrent déjà les considérations exposées ci-dessus, Pierre Legrand soutient qu'il n'y aurait pas de véritables greffes juridiques, car, bien que les règles puissent être littéralement transcrites d'un pays à l'autre, elles entreraient dans un contexte juridique différent, prenant ainsi un sens différent. Il soutient qu'aucune règle de la juridiction qui reçoit une norme donnée ne peut avoir de sens par rapport à la règle de la juridiction sur laquelle elle est fondée, car « lorsqu'elle traverse les frontières, la règle originelle subit nécessairement un changement qui l'affecte en tant que règle. La disjonction entre l'énoncé propositionnel vide et sa signification évite ainsi le déplacement de la règle elle-même ».³⁵

Le juriste français prend comme référence pour la défense des greffes juridiques un texte d'Alan Watson, intitulé *Legal Transplants : An Approach to Comparative Literature*, où ce phénomène est défini comme le changement d'une règle d'un pays à un autre, ou d'un peuple à un autre. Watson affirme, en fait, qu'une transplantation légale réussie fonctionne comme celle d'un organe humain, qui « grandira dans son nouveau corps et fera partie de ce

33LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 52.

34LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 29-30.

35LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 120.

corps, tout comme la règle ou l'institution aurait continué à se développer dans son système d'origine. Le développement ultérieur dans le système hôte ne doit pas être confondu avec le rejet. »³⁶ Plus pertinente, cependant, que la définition de ce que seraient les transplantations légales, c'est la conclusion que Watson tire de ses études, qui a été bien résumée par Legrand dans l'extrait suivant :

Le caractère nomade des règles prouve, selon cet auteur, que « l'idée d'une relation étroite entre le Droit et la société » est une erreur. Le changement dans le droit est indépendant de l'action de tout substrat social, historique ou culturel ; Il s'agit plutôt – et un peu plus simplement – d'une fonction de règles importées d'un autre système juridique. En effet, Watson a écrit que « la transplantation de normes juridiques est socialement facile ».³⁷

Il est important de souligner que ce phénomène ne se limiterait pas à un modèle particulier ou à une forme spécifique de réalisation. Pour Watson, il serait si large que les réceptions ou les greffes d'instituts de droit pourraient avoir lieu « sous toutes les formes et toutes les tailles. On peut aussi penser à une réception imposée, à une imposition sollicitée, à une pénétration, à une infiltration, à une crypto-réception, à une inoculation, etc., et il serait parfaitement possible de les distinguer et de les classer systématiquement. »³⁸ Ainsi, les considérations de cet auteur sur la possibilité – et même la trivialité – des transplantations légales, au sens très strict, l'ont conduit à la conclusion qu'il n'y a pas de relation directe entre le droit et la société, et qu'il est possible de structurer le cadre juridico-institutionnel d'un pays indépendamment de ses caractéristiques historiques ou culturelles.

De plus, Legrand affirme que la construction de Watson suppose que le droit serait limitée aux règles et que celles-ci ne seraient que des énoncés propositionnels vides. Précisément ces règles qui voyageraient à travers les juridictions, se feraient déplacer, se transplanter. Étant donné que les règles ne sont pas, dans cette perspective, socialement liées de manière significative, les différences entre les facteurs historiques ne limitent ni ne

³⁶WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2nd. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993, p. 27.

³⁷LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 112. No original: "The nomadic character of rules proves, according to this author, that 'the idea of a close relationship between law and society' is a fallacy. Change in the law is independent from the workings of any social, historical, or cultural substratum; it is rather - and rather more simply - a function of rules being imported from another legal system. Indeed, Watson has written that 'the transplanting of legal rules is socially easy'."

³⁸WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2nd. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993, p. 30.

nuancent leur transplantabilité. Une règle donnée serait potentiellement tout aussi à sa place n'importe où, du moins en ce qui concerne le monde occidental³⁹.

Toutefois, Legrand soutient qu'aucune combinaison de mots qui prétend être une règle ne peut exister totalement dépourvue de contenu sémantique, car il n'y a pas de règle sans sens. Ce sens, cependant, n'est pas entièrement fourni par les mots qui le composent. Il émerge de la règle de telle sorte qu'il faut présupposer qu'elle existe, même virtuellement, à l'intérieur de la règle elle-même, avant même que l'appareil interprétatif de l'interprète ne soit impliqué. Dans cette mesure, le sens d'une règle est acontextuel. Mais le sens est aussi fonction de l'application de la règle par son interprète, de la concrétisation dans les événements que la règle prétend régir. Cette attribution de sens est prédisposée par la façon dont l'interprète comprend le contexte dans lequel la règle surgit et par la manière dont elle façonne ses questions, et ce processus est largement déterminé par qui est l'interprète et où il se trouve. Ainsi, le sens de la règle est fonction des hypothèses épistémologiques de l'interprète qui sont conditionnées par des facteurs historiques et culturels⁴⁰.

Un exemple illustratif est donné par l'auteur français lorsqu'il compare un aspect spécifique du droit brésilien et du droit anglais, c'est-à-dire l'existence ou non d'un code civil. L'étude du droit anglais par un juriste brésilien lui permet de constater qu'il est possible de construire une loi sans Code civil et, par conséquent, que ce type d'instrument n'est pas nécessaire dans le système juridique d'un pays. De plus, cela ne signifie évidemment pas que le droit anglais soit primitif ou en aucune manière plus arriéré que celui des autres nations. Les Anglais connaissent bien les systèmes juridiques dans lesquels prévalent les codes civils et possèdent les capacités intellectuelles nécessaires pour systématiser leur droit sous la forme d'un code. Les Anglais considèrent qu'un Code civil n'est pas compatible avec la justice, tandis qu'un juriste brésilien a tendance à croire qu'un Code civil contribue précisément à promouvoir la justice. Au Brésil, il est communément admis qu'en établissant des règles claires et facilement identifiables, un Code civil rend la loi plus compréhensible et plus accessible. De plus, un code contribue à la cohérence du droit, notamment entre des domaines considérés comme relativement indépendants les uns des autres, tels que le droit des contrats et le droit des successions, mais aussi au sein d'un même domaine. Du point de vue des Anglais, le problème réside précisément dans le fait qu'un code se présente comme un

39LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 113.

40LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 114.

système objectivement rationnel. En Angleterre, il s'agit d'éviter que la systématique n'empêche le juge d'exercer son pouvoir d'appréciation. Les Anglais sont liés à l'idée que la justice est étroitement liée à l'adaptation de la décision du juge aux faits de chaque cas concret. Il en va de même lorsqu'il s'agit de textes législatifs, que l'on trouve bien sûr aussi en Angleterre⁴¹.

En analysant une loi comme la loi brésilienne, qui dit oui au Code civil, et une loi comme la loi anglaise, qui dit non à ce code, un juriste peut percevoir, selon Legrand, que ces deux systèmes juridiques sont « incommensurables » l'un par rapport à l'autre. L'« incommensurabilité » serait précisément l'absence de mesure commune à ces deux systèmes juridiques, ce qui, à lui seul, permettrait de les classer ou de les hiérarchiser. Il n'est pas possible d'établir une comparaison directe entre le droit brésilien avec le Code civil et le droit anglais sans le Code civil, c'est-à-dire le droit casuiste anglais – un droit casuiste est un droit des affaires, un droit « au cas par cas ». Il n'y a pas de mesure commune entre le codage et la casuistique. Ainsi, un droit codifié ne peut pas être considéré comme plus équitable qu'un droit casuiste et un droit casuiste ne peut être considéré comme plus certain qu'un droit codifié. Chaque droit répond à des attentes nationales, qui peuvent être expliquées historiquement à travers des éléments tels que la culture et la tradition de chaque peuple⁴².

L'interprétation serait donc toujours un produit subjectif, et ce produit aurait nécessairement un aspect culturel : l'interprétation est, en d'autres termes, le résultat d'une compréhension particulière de la règle qui est conditionnée par une série de facteurs qui seraient différents si l'interprétation avait eu lieu ailleurs ou à un autre moment. Une interprétation est le résultat d'une répartition inégale du pouvoir social et culturel au sein de la société dans son ensemble et au sein d'une communauté interprétative particulière (juges, enseignants, etc.) et fonctionne de manière à éliminer ou à marginaliser les alternatives. Ainsi, ce qui détermine quelle interprétation prévaudra parmi l'ensemble des interprétations concurrentes est une combinaison de conventions épistémiques produites à la suite de luttes de pouvoir qui sont elles-mêmes non épistémiques – ce qui signifie que les autres interprétations proposées auraient également favorisé la compréhension de la règle si elles avaient été adoptées, bien que différemment⁴³.

41LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 28-29.

42LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 29-30.

43LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 115.

Parlant, par exemple, de l'influence du droit américain sur le droit français en matière de crédit, Legrand affirme que l'effectivité même de la cession de droit exige qu'elle s'inscrive comme une réforme qui ait du sens par rapport aux jalons primordiaux partagés globalement par une communauté, qui permettent à ses membres de distinguer l'acceptable de l'inacceptable. Concrètement, c'est précisément parce qu'il a été possible d'inscrire ce type de contrat dans les mécanismes privilégiés de la culture juridique française que le transfert de règles a pu avoir lieu. Si cette adaptation n'avait pas été possible, le transfert du droit n'aurait tout simplement pas eu lieu. En fait, ce transfert dépend du phénomène de mutation pour sa réalisation. L'acculturation de l'institut juridique est essentielle pour le transfert du droit de réussir. Mais, comme il y a mutation, nous nous trouvons au point d'arrivée avec une construction juridique qui est clairement différente de celle que nous avons au point de départ. L'importance des vecteurs locaux pour le bon déroulement du processus de mondialisation a donc eu pour effet de limiter la portée de l'influence du droit américain. En d'autres termes, pour que le droit américain s'établisse en France, il a fallu qu'il subisse une certaine *désaméricanisation*⁴⁴.

Legrand, s'inspirant de Roland Robertson, appelle ce phénomène la *glocalisation*⁴⁵, qui serait précisément cette hypothèse d'une couleur locale par des institutions juridiques transplantées d'autres pays. Ainsi, bien que l'influence américaine soit remarquable, le poids de la culture reste valable dans la mesure où il provoque, à chaque transfert de droit, un processus de différenciation et d'autonomie qui remet en question la croyance naïve selon laquelle les modèles juridiques voyageraient d'une juridiction à l'autre sans tenir compte des pratiques locales. La glocalisation étant ce qu'elle est, la résistance autochtone, aussi profondément enracinée qu'inévitablement présente, fait que la loi américaine transplantée en France n'est jamais rien d'autre qu'une « américanité proprement francisée, s'établissant selon

44LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 324-325.

45 Il est important de souligner, cependant, que Robertson précise qu'il n'est pas l'inventeur du terme. Il affirme, en effet, que « selon l'Oxford Dictionary of New Words (1991 : 134), le terme « glocal » et le nom « glocalisation » sont « formés par l'union du global et du local pour former un mélange ». Toujours selon le dictionnaire, cette idée s'inspire du dochakuka japonais (dérivé de dochaku, « vivre sur sa propre terre », principe agricole originel d'adaptation des techniques de culture aux conditions locales, mais également adopté dans le monde des affaires japonais pour la localisation globale, une perspective globale adaptée aux conditions locales » (souligné dans l'original). Robertson propose cependant d'utiliser l'idée générale de glocalisation pour analyser certaines questions relatives au problème global-local. ROBERTSON, Roland. *Glocalisation : temps-espace et homogénéité-hétérogénéité*. Dans : Featherstone, M., Lash, S. et Robertson, R., éd., *Global Modernities*, Londres : Sage Publications, p. 28-29.

une division et une syntaxe ajustées, qui s'implantera sur le sol français ». Même si elle peut encore être reconnue comme une loi américaine, elle ne sera pas du tout la même⁴⁶.

On voit donc que le comparatiste est impliqué de bout en bout dans la préparation du texte qu'il proposera finalement comme une reproduction fidèle du droit étranger. Ainsi, l'écriture de droit étranger qu'il propose interrompt, segmente, et coupe. Les chemins d'écriture qu'il suit impliquent le choix d'un registre énonciatif, c'est-à-dire d'une attitude envers les textes et le monde. Ces processus d'appropriation et de structuration de la singularité renvoient à un engagement de l'interprète, annonçant ainsi une position éthico-discursive⁴⁷.

Le droit étranger que le comparatiste énonce constitue « sa » compréhension et « sa » narration de ce droit étranger. C'est donc une loi étrangère qui aura été filtrée par le comparatiste, ou une loi étrangère qui sera devenue *sa* loi étrangère. Cela signifie que cette loi dont traite le comparatiste ne lui est pas si étrangère qu'on le suppose habituellement, parce que la loi étrangère du comparatiste est ce qui reste de ses opérations successives d'approximation, de soustraction, d'éloignement et d'altération – il n'est donc pas excessif de parler d'un « geste comparatif primordial ». De plus, on peut considérer que le comparatiste se configure comme tel non seulement en rejetant la rigidité des conceptions locales et supposées homogènes du droit, sans pour autant nier la force et la sécurité singulières de chaque droit, mais aussi en inventant un lieu sémantique entrecroisé qui, sans dupliquer l'un ou l'autre des droits qu'il étudie, constitue un lieu énonciatif qui dispute à chacun d'eux ses territoires marqués, qui devient donc l'expression d'un autre type de glocalisation. De cette façon, le comparatiste n'invente pas seulement le droit étranger, mais aussi l'interface vers laquelle il le transporte pour faire la comparaison. En d'autres termes, le comparatiste est en train *d'inventer le carré*⁴⁸.

Il faut donc préciser que la configuration de cette interface par le comparatiste intervient même s'il sait qu'aucune loi étrangère ne pourrait donner lieu à la représentation à laquelle il aspire, sauf par la médiation d'une écriture déjà toujours inadéquate. Ainsi, le comparatiste admet qu'il n'y a jamais de compatibilité entre un énoncé de son droit et le droit étranger, aucune formulation n'étant susceptible de transférer en tant que telle un contenu sémantique préalablement constitué. Ce que le comparatiste français appelle dans son récit « droit anglais » ou « droit brésilien » est donc ce qu'il inscrit comme tel dans des mots qu'il

46LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 326.

47LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 399.

48LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 399-401.

choisit et au moyen de phrases qu'il structure lui-même, après avoir recueilli des éléments de son accumulation nécessairement sélective d'informations disponibles dans la sphère publique, de sa compréhension inévitablement partielle de la documentation accumulée, et de sa compréhension particulière des passages analysés⁴⁹.

Il est donc clair que la loi ne peut pas être simplement greffée ou transplantée d'un pays à un autre, en ignorant toutes les particularités historiques et culturelles du territoire qui reçoit cette norme ou cet ensemble de normes. On peut, bien sûr, appliquer le même raisonnement à tout type de greffe institutionnelle entre différents pays. Il est évident qu'il y aura toujours un processus d'adaptation qui consiste essentiellement en une transformation de cet institut qui est destinée à être transplantée dans un autre lieu. Ce n'est pas une option, les différentes réalités sociales imposeront des changements dans la façon dont les textes qui ont servi d'inspiration sont interprétés – même si des copies ou des traductions littérales des textes originaux sont faites – ainsi que les différentes configurations politiques et culturelles apporteront un nouveau sens et détermineront un mode de fonctionnement différent pour ce qui semblait établi. De nombreuses certitudes apparentes seront transformées en doutes tandis que d'autres questions seront transformées en convictions, même si celles-ci sont complètement différentes des certitudes possibles qui guidaient cette institution dans le pays d'origine.

Lorsque l'on parle donc d'une longue tradition brésilienne de greffe ou de transplantation de concepts qui sont ici profondément modifiés, il est nécessaire de faire deux points très clairs. La première est que cette *greffe* ne se réfère pas, évidemment, à un transfert exact d'un institut du pays d'origine au Brésil, ce qui est évident dans l'affirmation même de sa transformation sur le territoire brésilien. La seconde, et c'est la plus importante, c'est qu'au Brésil – du moins en ce qui concerne beaucoup de ces transplantations institutionnelles – il n'y a jamais eu de véritable intention que ces instituts puissent fonctionner ici d'une manière qui n'était même pas proche de leur fonctionnement dans les pays d'origine. C'est là que réside la particularité qui est fondamentale pour la compréhension de la société brésilienne.

Bien qu'il soit nécessaire de se rappeler que dans tous les processus historiques, il y a eu des personnes bien intentionnées qui sont légitimement intéressées à transformer la réalité sociale par l'adoption de concepts étrangers, cela n'a jamais été la règle. La véritable intention des élites locales a toujours été l'utilisation pragmatique de concepts déjà établis dans d'autres territoires uniquement pour justifier leur pouvoir et leurs privilèges, en apportant le moins de

49LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 397-398.

changements concrets possible dans la dynamique sociale existante. En d'autres termes, le « succès » de ces concepts au Brésil, au moins sur le plan discursif, était dû précisément à leur échec sur le plan factuel. C'est pourquoi nous avons déjà assisté et continuons d'assister, au Brésil, à des phénomènes tels qu'une « démocratie autoritaire », une république de colonels ou un garantisme qui ne garantit pas.

PARTIE 1 – LE DROIT FACE À LA CRISE DE L'ÉTAT

2. L'ampleur de la crise

La *crise* est l'une des expressions les plus utilisées aujourd'hui. Des protestations d'une certaine catégorie professionnelle – comme on l'a vu lors de la récente « crise agricole » française de l'année 2024 – au changement climatique sans précédent dans l'histoire de la civilisation, qui menace la continuité même de la société humaine telle que nous la connaissons, tout entre dans le concept de *crise*. C'est pourquoi il est essentiel de comprendre ce que serait la « crise de l'État moderne », afin qu'il soit possible d'en comprendre les particularités et de la différencier de toutes les autres crises qui peuvent survenir à l'intérieur des États ou même dans les relations entre eux.

Il est donc essentiel de commencer non pas exactement par l'idée de crise, mais plutôt, même brièvement, par le concept même d'État. L'État moderne était l'institution autour de laquelle gravitaient une grande partie des principaux débats et mouvements politiques des quatre derniers siècles. Il convient toutefois de rappeler que de nombreux auteurs comprennent que l'expression « État moderne » est un pléonisme, compte tenu du fait qu'ils affirment que l'État est une institution essentiellement moderne.

Le thème a été résumé par Lenio Streck et José Luis Bolzan de Morais, dans les termes suivants : « Après tout, pourquoi l'État moderne ? Y avait-il donc un État ancien ? Mais si, comme le dit Luciano Gruppi, tout a commencé avec Machiavel, ne devrions-nous pas simplement appeler ce que l'on appelle l'État moderne « l'État » ? Maurizio Fioravanti, quant à lui, en parlant de constitutionnalisme, assure que celui-ci constitue le deuxième aspect de « l'État moderne européen ». Il affirme cependant que, bien que l'ensemble du développement historique du constitutionnalisme – et, par conséquent, de l'État lui-même –

comporte « de nombreuses références à des problèmes typiques du Moyen Âge ou à des modèles de l'Antiquité, il appartient entièrement à l'époque moderne ».⁵⁰

Quelle que soit la façon dont on l'appelle – État moderne ou simplement État – il est certain que l'une des principales caractéristiques de cette institution est la souveraineté. La notion traditionnelle de souveraineté est définie par Streck et Bolzan de Morais comme un pouvoir « juridiquement indiscutable, par lequel on a la capacité de définir et de décider du contenu et de l'application des normes, en les imposant de manière coercitive dans un espace géographique donné, ainsi que de faire face à toute injonction extérieure »⁵¹. Ce pouvoir, communément qualifié d'indivisible, d'inaliénable et d'imprescriptible, est l'un des fondements sur lesquels s'est structuré le concept moderne d'État.⁵²

Au-delà de la notion d'État elle-même et de la notion de souveraineté, il est également essentiel de comprendre quels sont les autres éléments constitutifs de la crise actuelle et quelle en serait la portée réelle.

2.1. Crise ou chaos ? L'histoire comme forme d'explication

L'utilisation de la théorie du chaos dans les domaines d'étude les plus différents et les sciences exactes, humaines ou sociales appliquées tout au long du XXe siècle en ont fait une approche fertile pour divers domaines de la connaissance. Cependant, comme nous le rappelle Teixeira, il est nécessaire d'exclure son application directe et immédiate au droit constitutionnel et à la théorie constitutionnelle, car elle présuppose le chaos en tant que processus perturbateur dans les conditions pour initier un nouveau modèle théorique et normatif d'ordonnement de la réalité. La théorie constitutionnelle, d'autre part, a pour objet central de recherche la constitution politico-juridique en tant qu'élément ordonnateur de l'État constitutionnel. Le chaos constitutionnel serait donc très spécifique en tant que négation de l'ordre juridico-constitutionnel actuel. De plus, cette conception du chaos présupposerait que les éléments des structures sociales soient en constante resignification, à partir de leurs bases,

⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 142.

⁵¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 82. Sur le sujet, voir aussi BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*. 2^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁵² Pour la genèse du concept d'État chez Machiavel, voir TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 69-88.

empêchant l'idée de crise⁵³, avec les limites et les dysfonctionnements de sa contingence inhérente, souvent très éphémère, d'être soutenue conceptuellement pour expliquer une réalité globale d'événements de plus en plus forts, continus et interdépendants⁵⁴.

Bien qu'ils ne soient pas synonymes, le lien sémantique entre les concepts de chaos et de crise est évident. Il est donc nécessaire de procéder à une analyse de l'un et de l'autre, afin de comprendre leurs particularités lorsqu'ils sont utilisés dans un contexte aussi large que celui de l'État moderne et de son rapport au droit. Pour cela, il est nécessaire d'aller au-delà de la simple analyse grammaticale des termes, à la recherche de comprendre les raisons et les limites de leur utilisation. Toujours selon Teixeira, « la pensée juridique occidentale, depuis ses origines dans l'Antiquité grecque, a développé de nombreuses variations pour le concept de droit, mais en gardant une dichotomie classique comme point de départ : normalité v. exception". Ainsi, le droit émerge comme une catégorie conceptuelle chargée de donner son unité et sa forme concrète au pouvoir, le pouvoir étant au niveau du pouvoir et le droit au niveau des actes. De cette façon, un pouvoir qui n'est pas médié par le droit aurait un niveau d'imprévisibilité qui serait incompatible avec la notion moderne de normalité⁵⁵.

La définition étymologique du mot « normalité », du latin *normalis*, signifie une norme reconnaissable par d'autres individus. La philologie romane, lorsqu'il s'agit de l'origine étymologique du mot *normalis*, doit être combinée avec le sens d'un concept essentiellement juridico-philosophique de la tradition grecque : le *nomos*. Depuis la formation du grec ancien, même avant les périodes mycénienne et homérique, le *nómos* apparaît également comme un dirigeant, comme un modèle. Lorsque nous pensons la relation entre la nature (*physis*) en tant qu'ordre objectif et l'acte juste en tant que produit de l'action humaine guidée par les vertus (*areté*) qui devraient guider l'individu, le *nomoi* se situerait sur un plan antérieur à celui de

⁵³ Selon le dictionnaire Michaelis de la langue portugaise, certaines significations du mot crise incluent: "Momento em que se deve decidir se um assunto ou o seguimento de uma ação deve ser levado adiante, alterado ou interrompido; momento crítico ou decisivo; Momento de maior intensidade de uma dor em um órgão ou parte circunscrita do corpo; Estado emocional de súbito desequilíbrio em que os sintomas de um sofrimento ou angústia mental se manifestam com maior intensidade [...]". En français, selon le Dictionnaire de l'Académie française, certaines significations sont: "Accident qui atteint une personne en bonne santé apparente; aggravation brusque d'un état chronique; Réaction manifestant une brusque émotion, accès d'agitation provoqué par un choc émotif et accompagné de cris et souvent de larmes, entrer dans un brusque accès de fureur; Phase difficile dans la psychologie de l'individu, qui peut apparaître à certains âges de la vie, en relation avec les transformations physiologiques; État momentané d'exaltation ou de désarroi[...]".

⁵⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel* : au-delà des états d'exception. *Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 9.

⁵⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel* : au-delà des états d'exception. *Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 1.

l'action humaine. De cette façon, l'idée aristotélicienne de justice totale (*dikaion nomimón*) attribuée à *nómos* le statut de conditionnement du sens de l'acte juste⁵⁶.

Cependant, quel serait le contraire du *nomos* ? Poussée à l'extrême, la question susmentionnée n'aurait qu'une seule réponse : le *káos*. Il se trouve que la signification du chaos dans l'Antiquité grecque diffère considérablement des théories récentes du chaos. Le chaos pour les Grecs de l'Antiquité serait un retour à un stade évolutif antérieur à l'existence du *cosmos*. C'était, en fait, la représentation d'une divinité primordiale, qui a précédé la naissance du cosmos, de la nuit et du jour et de la Terre. Le développement de la politique, de l'éthique et de la compréhension de la métaphysique, en bref, la compréhension de la *paideia* en tant qu'ensemble conceptuel complet de connaissances, de l'ensemble accessible aux êtres humains, serait la seule voie contre tout retour possible représenté par le chaos. Il y a donc une relation d'exclusion ontologique entre la normalité et le déni de la normalité⁵⁷.

Tous ces domaines de la connaissance – et aussi de la pratique – qui ont émergé dans la Grèce antique sont le résultat du processus de sécularisation de la parole ou, en d'autres termes, du développement de la pensée rationnelle. En fait, il est impossible de comprendre la contribution grecque à la pensée occidentale sans comprendre ce processus, qui est sans doute aussi un processus de développement d'une explication du monde, c'est-à-dire une manière d'attribuer de l'ordre au chaos. Il ne fait aucun doute qu'il y avait déjà un ordre antérieur, qui était la pensée mythique elle-même, mais si la pensée grecque a atteint le statut qu'elle a aujourd'hui, c'est précisément parce qu'elle a établi une nouvelle façon d'expliquer la réalité, qui a jeté les bases de tout le développement ultérieur de la pensée humaine.

2.1.1 La pensée dans l'œuvre d'Hérodote

Même s'il n'est pas possible, dans les limites de cette thèse, d'établir toute une chronologie de la pensée rationnelle, il est nécessaire de comprendre comment ce chemin a commencé. En ce sens, il est possible de chercher une compréhension à travers l'analyse de l'une des disciplines qui ont été développées par les Grecs au cours du processus de transition du *mythos* au *logos*. L'histoire est souvent utilisée comme une forme d'explication ou même de justification, mais, en fait, ce n'est pas exactement l'histoire qui explique quelque chose,

⁵⁶ TTEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel* : au-delà des états d'exception. *Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 2-3.

⁵⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel* : au-delà des états d'exception. *Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 3.

mais plutôt une chaîne de faits historiques. L'explication est donnée à travers une reconstitution qui se veut historique. Il est très rare que nous utilisions l'histoire elle-même – c'est-à-dire l'existence de l'histoire – pour expliquer quelque chose. En d'autres termes, il n'est pas courant pour nous de chercher une corrélation entre un certain phénomène et le fait même que nous avons créé un regard différent sur le passé à un moment précis du développement de la pensée humaine.

Mais *l'Histoire* (ou *les Histoires*) n'était pas seulement un nouveau regard sur le passé et son auteur, Hérodote, n'était pas simplement un autre auteur écrivant sur le monde qui l'entourait. De fait, il est considéré comme le « père de l'histoire » et son travail – qui a donné son nom à ce champ de la connaissance – constitue un jalon dans l'autonomie⁵⁸ de la pensée humaine. Écrit au Ve siècle av. J.-C., l'ouvrage rend compte des guerres médiques, c'est-à-dire des guerres entre les Grecs et l'Empire perse. Parce qu'il a écrit sur une grande guerre, il est courant de comparer l'œuvre d'Hérodote avec celle d'Homère. Cependant, bien que plusieurs parallèles soient possibles, la rupture est claire : Hérodote assume la paternité de son œuvre. Selon Vinciane Pirenne-Delforge, si *l'Histoire* entre en effet dans une sorte de concurrence avec l'épopée, un ingrédient fondamental de l'œuvre poétique a été profondément modifié, à savoir le rapport aux dieux. L'enquête d'Hérodote a remplacé l'inspiration par les Muses, et les limites de ce qui est accessible et prononçable sur la sphère divine ont été considérablement modifiées⁵⁹.

En plus, il y a un autre facteur d'une extrême importance dans l'œuvre d'Hérodote, surtout lorsqu'on entend faire une analyse de la crise de la modernité – qui implique une crise de la représentation politique qui a culminé, ces dernières années, dans un grand affaiblissement de la démocratie même dans les pays où elle était considérée comme pleinement consolidée. Hérodote était l'un des rares auteurs anciens, du moins parmi ceux dont l'œuvre nous est parvenue, qui n'était pas hostile à la démocratie. Bien que l'analyse faite par cet auteur soit développée en des termes complètement différents des discussions actuelles, comme on le verra ci-dessous, il est essentiel de comprendre comment, en dehors du contexte strictement politique, la démocratie grecque a été défendue par ceux qui l'ont vécue, ainsi que de comprendre dans quelle mesure ces arguments peuvent encore avoir un impact dans le contexte actuel.

⁵⁸ Le terme « autonomie » est ici utilisé pour désigner la relation entre l'humain et le divin. Le passage de la pensée mythique à la pensée rationnelle renvoie précisément à l'accroissement progressif de l'autonomie humaine par rapport aux dieux, à laquelle la contribution d'Hérodote est fondamentale.

⁵⁹ Pirenne-Delforge, Vinciane. *Le polythéisme grec à l'épreuve d'Hérodote*. Paris: Les Belles Lettres, 2020, p. 61-62.

Pour cela, il est essentiel de comprendre que la crise de la modernité n'est pas seulement une crise de facteurs essentiellement modernes, mais une crise générale. Il comprend également des éléments que la modernité a hérités d'autres moments historiques, tels que la période classique. Ce n'est pas sans raison que nous assistons actuellement à un affaiblissement significatif de deux des principaux héritages de la Grèce antique : la démocratie et la pensée rationnelle. L'affaiblissement de la démocratie est mis en évidence par la montée du populisme dans plusieurs pays du monde. Dans le même temps, l'adhésion croissante au discours anti-scientifique et aux théories du complot démontre que la pensée rationnelle traverse également une crise.

2..1.1.1 Le passé avant l'histoire

L'historiographie grecque est assez récente, si l'on considère toute l'histoire de la Grèce et aussi la date de l'introduction – ou de la réintroduction, sous une autre forme – de l'écriture sur ce territoire, qui a eu lieu vers le IX^e siècle av. J.-C., quelques siècles avant l'apparition des premières œuvres d'histoire. Nous pouvons dire, ainsi que les anciens, que le père de cette historiographie était Hérodote, qui écrivait au milieu du Ve siècle av. J.-C. et, même si nous considérons que certains de ses prédécesseurs ont déjà présenté des éléments qui viendraient configurer ce que nous considérons comme ceux de l'écriture de l'Histoire, cette date ne remonterait pas très loin.

Il est important, cependant, de se rendre compte que l'histoire n'a pas été la première façon d'interpréter le passé, et qu'après son émergence, elle n'est pas non plus devenue la seule. En Grèce, ainsi qu'en Égypte, en Mésopotamie ou dans d'autres sociétés anciennes, il y avait d'autres formes de valorisation du passé, telles que les généalogies, les mythes fondateurs et la poésie épique. On connaît les longues généalogies faites par les États de l'Orient, telles que celles faites par le roi Darius, ou celles qui existent en Égypte. Selon Russell, l'existence même en Égypte ou en Mésopotamie depuis le III^e millénaire av. J.-C. de sanctuaires avec des fonctionnaires pour qui l'écriture était le principal instrument de leur administration explique le fait que ces États disposaient d'archives qui n'existaient pas dans le monde grec jusqu'à l'époque hellénistique⁶⁰. Il convient de rappeler que, sauf à l'époque mycénienne, il n'y avait pas de fonctionnaires de ce type dans le monde grec, en raison de

⁶⁰ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.13.

l'organisation différente des cités-États grecques. Cette organisation sociale différente a été précisément l'un des facteurs qui ont permis l'émergence d'un nouveau type de pensée, d'une nouvelle façon de voir le monde et, par conséquent, d'une nouvelle façon de voir l'être humain lui-même.

C'est cette nouvelle forme de pensée qui est en train de germer chez des figures comme Anaximandre ou Hécatee de Milet qui, selon Russell : « s'efforçaient de mettre un peu d'ordre parmi la multitude d'observations que l'on pouvait faire sur la configuration du monde, sur la diversité des peuples et des coutumes ». ⁶¹ L'émergence de l'Histoire est donc profondément liée à l'émergence de la pensée rationnelle. C'est le même mouvement intellectuel qui a permis la sécularisation de la parole, à travers un processus dans lequel la vérité a été mise sur la place publique, discutée et décidée, au lieu d'être simplement prononcée par ceux qui en avaient le pouvoir, qui a permis à la manière de regarder le passé de cesser de se limiter à de simples généalogies ou à des poèmes et des mythes d'exaltation de certaines figures et de se transformer en enquête dont la paternité et les objectifs sont exprimés par l'auteur lui-même.

Il est intéressant de noter, cependant, que l'histoire n'a pas eu, chez la plupart des anciens – qu'ils soient philosophes ou orateurs, démocrates ou oligarques – l'appréciation que l'on pourrait attendre. Dans l'Antiquité, l'histoire était discutée, jugée et évaluée sur la base de la poésie, car les deux étaient considérées comme des formes de narration du passé. Ce qui est frappant, pour un observateur moderne, c'est que pour Aristote et pour les philosophes en général, la poésie a eu un rôle prépondérant sur l'histoire :

[...] la poésie est-elle philosophique et d'un caractère plus élevé que l'histoire; car la poésie raconte plutôt le général, l'histoire le particulier. L'universel, c'est ce qu'une certaine personne dira ou fera, selon la vraisemblance ou la nécessité, et c'est ce que la poésie cherche à représenter, en attribuant ensuite des noms aux personnages. Le particulier est, par exemple, ce qu'Alcibiade a fait ou ce qui lui est arrivé⁶².

Cependant, il est certain que l'histoire n'est pas née indépendamment de ces formes de traitement du passé. Même les peuples orientaux ont joué un rôle fondamental dans la réflexion historique, mais c'est beaucoup moins à travers leurs écrits, leurs annales et leurs chroniques qu'à travers le rôle qu'ils ont eu en tant que référence pour les colonisateurs et les

⁶¹ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.15.

⁶² ARISTOTE. *Poétique*. Traduit par J. Hardy. Paris: Gallimard, 1996, IX, 50.

voyageurs grecs. La découverte de l'autre a donné lieu aux premières réflexions historiques. Plus encore qu'aux peuples étrangers, cependant, l'histoire doit beaucoup aux mythes et même aux généalogies – qui s'inscrivent également dans les mythes, car ils atteignent généralement des dieux ou des héros – dans leurs origines. Les écrits des premiers chercheurs ioniens, tels que Hécatéé, et même l'œuvre d'Hérodote en regorgent.

Selon les mots de Finley, « l'atmosphère dans laquelle les pères de l'histoire ont commencé à travailler était imprégnée de mythe. Sans le mythe, en fait, ils n'auraient jamais pu commencer leur travail. Le passé est une masse décousue et incompréhensible de données incalculables et incalculables ». Elle ne devient donc intelligible que si des sélections sont faites autour d'un certain objectif. Le mythe, bien avant l'histoire, a donné une réponse à la question de savoir ce qui était important pour comprendre le passé. Il ne fait aucun doute que c'était, en fait, l'une des principales fonctions des mythes : rendre intelligible le passé, en sélectionnant certaines parties qui ont ainsi acquis une pertinence et une permanence⁶³.

Ainsi, le mythe a fourni toutes les connaissances du passé dont les Grecs avaient besoin. Les poètes ont pris en charge le passé héroïque ; Le reste – les traditions spécifiques, en grande partie orales – était suffisant. Même au IV^e siècle av. J.-C., après Hérodote et Thucydide, les orateurs athéniens s'accrochaient encore à leurs mythes traditionnels et à leurs histoires populaires, complètement indifférents aux nouvelles connaissances et aux nouvelles conceptions. C'est cependant une erreur moderniste de penser que c'est ce qui nécessite une explication. La question difficile est plutôt de savoir pourquoi quelqu'un – en particulier pourquoi Hérodote et Thucydide – s'est écarté si radicalement des attitudes habituelles et a « inventé » l'idée d'histoire. La réponse commence avec les philosophes ioniens, qui ont fourni deux conditions nécessaires : leur scepticisme à l'égard des mythes et leur notion d'« enquête ». La nouveauté introduite par Hérodote est à la fois l'enquête systématique qu'il suit dans la recherche de réponses, qui a abouti à un récit historique, et la mesure dans laquelle ses explications sont humaines et laïques et, en particulier, politiques. Dans la génération suivante, Thucydide a poussé ces nouveautés beaucoup plus loin. De cette façon, le nouvel élan est venu de la polis classique, et en particulier de la polis athénienne, qui, pour la première fois, du moins dans l'histoire occidentale, a présenté la politique comme une activité

⁶³ FINLEY, Moses I. *Uso e Abuso da História*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 5.

humaine, puis l'a élevée à la plus fondamentale des activités sociales. Combiné à ces conditions, il est devenu essentiel de créer une nouvelle approche du passé⁶⁴.

2.1.1.2 La pensée rationnelle dans *l'histoire*

L'histoire présente des différences importantes par rapport à d'autres formes de représentation du passé. L'histoire, c'est l'enquête – le mot *histoire lui-même* s'y réfère – et l'historien est d'abord et avant tout un chercheur, un enquêteur indépendant du pouvoir de l'État, ce qui est fondamental, parce qu'il ne cherche pas seulement le rapport et l'exaltation des faits d'un homme et de sa famille, étant libre non seulement de l'autorité exercée directement sur son œuvre, mais aussi libre d'une structure de pensée qui restreindrait sévèrement les limites de sa réflexion. La réflexion historique, ainsi que la pensée grecque en général, a été possible, entre autres facteurs, en raison de l'absence d'un État bureaucratisé, pesant sur les individus, les contrôlant au fil des générations, non seulement directement, par son organisation sociale rigide, mais surtout par les conséquences psychologiques de ce contrôle, qui le rendaient difficile, dans les sociétés où il s'exerçait, tout renouvellement interprétatif, en gardant ces peuples toujours attachés à leur propre passé. Selon Russell : « Les Égyptiens étaient conscients de la profondeur de leur passé, au point qu'ils étaient paralysés. »⁶⁵

La question de la paternité humaine est directement présentée dans l'œuvre d'Hérodote. Dès le début de son Histoire, Hérodote dit que : « Les résultats des recherches d'Hérodote d'Hélicarnasse sont présentés ici, afin que le souvenir des événements ne s'efface pas parmi les hommes avec le passage du temps, et que les actions merveilleuses et admirables des Hellènes et des barbares ne manquent pas de rester dans les mémoires, y compris les raisons pour lesquelles ils se sont combattus les uns contre les autres. » À ce moment-là, il assume la paternité de son œuvre et dit pourquoi il la produit. Contrairement à Homère et Hésiode, Hérodote n'attribue à aucune divinité l'inspiration de ses écrits, il apporte donc au monde des hommes ce qu'il écrit et les raisons pour lesquelles il écrit. Pirenne-Delforge souligne que l'approche d'Hérodote à l'égard de l'action divine dans le monde est très différente de celle de

⁶⁴ FINLEY, Moses I. *Uso e Abuso da História*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 23-24.

⁶⁵ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.16.

la poésie archaïque et, en particulier, des œuvres épiques. En fait, dans l'épopée, les dieux sont actifs dans les intrigues, étant des protagonistes nominalement identifiés. Au contraire, Hérodote ne s'appuie pas sur l'autorité divine pour construire son œuvre et ne place pas les dieux sur la scène en tant que tels, bien qu'il invoque le divin ou les dieux de manière générique tout au long de son enquête pour expliquer le cours des événements⁶⁶.

Il s'agit d'un pas décisif sur le chemin de l'autonomie de la pensée humaine, car Hérodote démontre qu'il est suffisamment indépendant pour ne plus avoir besoin de représenter une divinité pour écrire. C'est lui qui écrit et qui sait pourquoi il écrit. Selon Hartog : « Hérodote, à son tour, était l'auteur de son *logos*, et c'est ce *logos* qui, avant les autres ou contre eux, est venu établir son autorité. Mais ce nouveau lieu de connaissance, revendiqué dès le départ, était en même temps quelque chose à construire entièrement⁶⁷. Cela démontre en soi l'existence d'un espace intellectuel plus ouvert, plus démocratique, puisque Hérodote n'a pas besoin d'être porteur d'une autorité particulière pour écrire son œuvre.

Ce n'est pas un poète inspiré par les muses, c'est un homme qui a décidé qu'un conflit était suffisamment important pour qu'il ne soit pas oublié. Cet espace, pourrait-on dire humain, ouvert à Hérodote et par Hérodote, dénote cette nouvelle forme de pensée, qui est liée à la démocratie, à son univers culturel, mais qui recrée la démocratie elle-même, à travers des œuvres comme l'Histoire d'Hérodote, non seulement comme une vision positive de la démocratie – comme arme de la cité démocratique – mais aussi comme une forme de reconnaissance de l'espace humain face aux événements. En ce sens, Hérodote n'est pas seul, il n'a été que le « père », le premier à reconnaître un espace humain qui a également été reconnu et élargi par ses successeurs.

Ce n'étaient toutefois que les premiers pas d'un long chemin. L'autonomie des individus au sein de la société grecque à cette époque a des limites très étroites par rapport à celle de la société d'aujourd'hui. En ce sens, Jean-Pierre Vernant enseigne :

Dans l'Athènes du Ve siècle, l'individu s'affirmait, dans sa particularité, comme sujet de droit ; l'intention de l'agent est reconnue comme un élément fondamental de la responsabilité ; par sa participation à une vie politique où les décisions sont prises à l'issue d'un débat ouvert, positif et profane, chaque citoyen commence à prendre conscience de lui-même en tant qu'agent responsable de la direction des affaires, plus ou moins capable de guider par son *gnome*, son jugement, par sa *phrónesis*, son intelligence, le cours incertain des événements. Mais ni l'individu ni sa vie intérieure n'ont acquis suffisamment de consistance et d'autonomie pour constituer le sujet comme

⁶⁶ Pirenne-Delforge, Vinciane. *Le polythéisme grec à l'épreuve d'Hérodote*. Paris: Les Belles Lettres, 2020, p. 70.

⁶⁷ HARTOG, François. *Os antigos, o passado e o presente*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, p.14.

le centre de décision d'où émaneraient ses actes. Séparé de ses racines familiales, civiques et religieuses, l'individu n'est rien de plus ; Non seulement il est seul, mais il cesse d'exister. L'idée d'intention reste, nous l'avons vu, même en droit, vague et équivoque. La décision ne met pas en jeu, dans le sujet, un pouvoir d'autodétermination qui lui appartient proprement⁶⁸.

Un autre aspect qui doit être abordé, en ce qui concerne l'œuvre d'Hérodote, est le rôle des oracles. Ceux-ci peuvent être interprétés comme une réminiscence du style des grands poèmes épiques, puisqu'ils constituent la forme principale de l'action divine dans l'œuvre. Selon Hartog, peut-être les oracles ont-ils agi comme des intermédiaires entre les hommes et les dieux, d'une manière plus plausible et plus crédible que les interventions directes, visibles et constantes des dieux homériques « antérieurs ». Chez Hérodote, le divin ne semble plus aussi visible ou du moins accessible à l'œil, de sorte que les mots étaient devenus ou tendaient à devenir le moyen principal et le plus efficace⁶⁹.

Hérodote se propose donc d'écrire une histoire des guerres médiques, qui s'étaient déroulées une génération avant la sienne, c'est-à-dire qu'il enquête sur un passé relativement proche, que l'on pourrait appeler aujourd'hui une histoire contemporaine. Mais ce n'est pas ainsi que l'un de ses principaux critiques de l'Antiquité voyait son travail. L'un des principaux points de la critique de Thucydide à l'égard d'Hérodote était précisément le fait qu'il n'a pas écrit sur des faits qui étaient contemporains de lui, c'est-à-dire des faits qu'il ne vivait pas. Momigliano rappelle que, selon lui, pour écrire l'histoire de manière cohérente, il était nécessaire d'être contemporain des faits en discussion et de pouvoir comprendre ce que les gens disaient : « L'histoire sérieuse, selon Thucydide, ne s'intéressait pas au passé, mais au présent ; Il ne pouvait pas traiter avec des pays étrangers, seulement avec des lieux où l'historien a vécu et avec des gens dont il pouvait exposer sans difficulté la pensée avec ses propres mots.⁷⁰

Cependant, nous ne pouvons pas limiter l'œuvre d'Hérodote à l'étude des guerres médiques. L'une des principales caractéristiques de l' *Histoire* est le caractère ethnographique d'une grande partie du livre. Hérodote, en général, est très friand de digressions, qui occupent une partie considérable de son œuvre. Les premiers livres de l'*Histoire* peuvent, en effet, être

⁶⁸ VERNANT, Jean-Pierre. Esboços da Vontade na Tragédia Grega. In VERNANT, Jean-Pierre & VIDAL-NAQUET, Pierre. *Mito e Tragédia na Grécia Antiga*. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 51.

⁶⁹ HARTOG, François. *Os antigos, o passado e o presente*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 43-44.

⁷⁰ MOMIGLIANO, Arnaldo. *La Historiografia Grieca*. Barcelona: Editorial Crítica, 1984, p. 137.

considérés comme de grandes digressions, qui s'éloignent de l'objectif principal, qui serait l'affrontement entre Grecs et barbares. Cependant, cette interprétation ne donne pas la valeur qu'elle mérite au travail fondamental qu'Hérodote accomplit dans la production d'une caractérisation, décrivant les coutumes et les traditions des divers peuples qu'il a visités au cours de ses voyages.

Pourquoi Hérodote, qui exprime lui-même son intention d'étudier la confrontation entre Grecs et barbares au début de son œuvre, ne travaille efficacement sur ce thème que dans le dernier tiers de son œuvre, occupant les deux autres tiers avec des descriptions des coutumes et légendes caractéristiques de différents peuples, des récits de voyage, des incidents curieux, etc., est une question pour laquelle Russell présente deux explications différentes. Pour certains, Hérodote aurait d'abord prévu d'écrire une histoire de l'invasion de Xerxès, mais en parcourant le monde pour recueillir des témoignages sur la guerre des vainqueurs et des vaincus ou de leurs fils, son intérêt aurait été considérablement élargi. Il aurait été amené à rédiger de nombreux rapports recueillis dans ses entretiens dans les régions barbares et grecques, établissant ainsi un vaste préambule au récit de la seconde guerre médique. De cette façon, les études géographiques et ethnographiques auraient été intégrées dans un travail conçu à l'origine comme purement historique. Pour d'autres, Hérodote n'aurait pas eu l'intention d'être historien. Il aurait éprouvé une vive curiosité pour les cultures exotiques, pour les caractéristiques des coutumes étranges. D'un voyageur observateur, il est devenu un historien, et les résultats de ses études, d'abord menées pour être publiées séparément, auraient été réutilisés dans le grand travail historique⁷¹.

Quoi qu'il en soit, Hérodote a opéré une autre transformation importante dans le caractère des œuvres grecques produites jusqu'alors. En ce qui concerne les récits relatifs aux guerres médiques, il n'y avait pas d'unité entre les villes, dans chacune d'elles une version différente de ce qui se serait passé dans la génération précédente, à l'époque du passage de l'armée perse. Hérodote a réussi à établir des relations entre des traditions apparemment incompatibles et à organiser le matériel ainsi rassemblé en une grande histoire abondante mais cohérente. De cette façon, on peut voir que, si Hérodote est, sans aucun doute, le père de l'histoire, il est plus spécifiquement le père de l'histoire grecque, puisqu'il a donné l'exemple pour que, après lui, des œuvres de caractère panhellénique puissent être écrites, et pas seulement de telle ou telle ville ou groupe de villes.

⁷¹ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 26-27.

Comme nous l'avons déjà dit, Hérodote traite d'un passé relativement récent dans son œuvre, et à cet égard, il diffère également de ceux qui passent normalement par ses précurseurs. Mais plus que cela, Hérodote trace une ligne de démarcation entre le passé lointain, déjà transformé en mythique, et les temps des hommes, c'est-à-dire le passé plus proche. Cette division est très claire quand Hérodote dit de Polycrate : « En fait, autant que je sache, Polycrate fut le premier des Hellènes à aspirer à la domination des mers – en laissant de côté Minos de Cnossos et tous ceux qui exerçaient cette domination avant lui – le premier, au moins, de la soi-disant race des hommes »⁷². Il est intéressant de noter que l'époque des hommes à laquelle Hérodote fait référence ne correspond pas à ce que nous appelons aujourd'hui les temps historiques, de sorte qu'elle n'a aucun rapport avec l'existence ou non de l'écriture dans la période à laquelle il est fait référence. Les temps des hommes pour lui sont ceux sur lesquels on peut encore obtenir des informations en interrogeant les proches descendants de ceux qui l'ont connu. Cela est dû au fait que la recherche historique repose essentiellement, pour Hérodote, sur la recherche orale.

Malgré les limites qu'il avait lors de la rédaction de son œuvre – comme le fait qu'il ne connaissait pas les langues de nombreuses régions qu'il a visitées – et quelques erreurs commises, notamment en ce qui concerne certains détails, Hérodote a réussi à bien caractériser les sociétés qu'il a décrites et à en dessiner la physionomie originale. Il est intéressant d'analyser comment Hérodote est arrivé à ces résultats. Selon Russell, sa personnalité semble bien contradictoire : « Un esprit enregistreur, excessivement docile, [...] Il avait un contact humain facile et se montrait peu exigeant dans la qualité de ses informateurs »,⁷³ mais même ainsi, il a réussi à formuler des textes d'un contenu important et, en même temps, agréables. Cependant, ce qui semble plus intéressant, c'est que, même en manifestant son opinion sur certains sujets à tout moment, dans d'autres passages, Hérodote renonce volontairement à exercer son esprit critique : « mon objectif tout au long de cet ouvrage est d'enregistrer tout ce qui m'a été dit au fur et à mesure que j'entendais de chaque informateur. »⁷⁴; « En vérité, mon obligation est d'exposer ce qui est dit, mais je ne suis pas obligé de tout croire ».⁷⁵

⁷² HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 122.

⁷³ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 35.

⁷⁴ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, II, 123.

⁷⁵ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VII, 152.

2.1.1.3 L'importance de la paternité

Il est, à ce stade, essentiel de parler de la manière dont Hérodote a écrit ses *Histoires*. À cet égard, il est très difficile de parler d'une méthode unique, en raison des différentes « formules » utilisées par l'auteur tout au long de l'œuvre. On peut cependant essayer d'analyser les différentes manières dont Hérodote a utilisé pour produire son texte. Comme nous le rappelle Peschanski, au cours de ses *Histoires*, la place qu'Hérodote se réserve pour parler en son propre nom est assez restreinte. Dans le livre I, par exemple, l'auteur compte environ 60 fois où il apparaît à la première personne du singulier, et dans environ 50 d'entre elles, ce ne sont que de brèves observations, qui occupent généralement deux mots par ligne. La dizaine d'autres passages, dans lesquels apparaît généralement une sorte d'argumentation, occupent rarement plus de vingt lignes⁷⁶.

L'analyse faite pour le premier livre s'applique également aux livres III à IX, confirmant que la discrétion de l'auteur est un trait dominant des *Histoires*, mais il y a une exception notable, constituée par le livre II. Sur les 182 paragraphes du livre II, 115 contiennent une intervention à la première personne, et dans 70 d'entre eux, l'auteur parle longuement. De plus, ce livre regorge de paragraphes de transition, où il parle des sources qu'il a utilisées ou annonce celles qu'il utilisera⁷⁷. Si, dans d'autres parties de l'ouvrage, l'auteur délègue aisément la parole à d'autres, dans ce chapitre il se fait propriétaire de son texte et n'hésite pas à intervenir dans les témoignages qui lui sont donnés, à les compléter, à les juger et, surtout, à les guider. Bien sûr, ayant assumé la paternité de son œuvre, c'est lui qui décide de ce qui y sera traité, mais dans ce chapitre, plus que dans toute autre partie, il choisit personnellement les thèmes qu'il abordera. Un bon exemple en est donné dans un passage sur les caractéristiques du Nil : « [...] je ne pouvais rien apprendre des prêtres ou de toute autre personne. Mais j'étais très impatient de savoir d'eux pourquoi le Nil se remplit et déborde pendant cent jours à partir du solstice d'été, et quand ce nombre de jours est écoulé, il redescend.⁷⁸

La raison de ce revirement ne peut pas être entièrement clarifiée, mais Peschanski avance une raison possible. Ce serait précisément le sujet traité au chapitre II, c'est-à-dire

⁷⁶ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 107-108.

⁷⁷ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 108.

⁷⁸ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, II, 19.

l'Égypte. En raison de la tradition fortement établie en Ionie de discuter et de spéculer sur cette région du monde, l'auteur aurait adopté un comportement par rapport à ce thème qu'il n'aurait pas ressenti le besoin d'appliquer largement dans d'autres parties de son texte⁷⁹. Peschanski rappelle également que les relations d'Ionia avec l'Égypte sont beaucoup plus anciennes que celles d'Athènes avec cette région et que l'Égypte occupait une place très importante dans l'horizon économique et culturel d'Ionia. Hérodote n'aurait donc fait que suivre une habitude encore en vigueur en son temps. Ainsi, si dans le Livre II, plus que dans toute autre partie des *Histoires*, l'enquêteur ouvre une activité spéculative remarquable et laisse clairement apparaître les mécanismes de sa recherche, c'est que, traitant d'un fait si présent dans la culture de son temps, il n'a pu, pour marquer son propre espace, faire abstraction des réflexions de ses prédécesseurs et de ses contemporains ou des questions qu'elles soulevaient⁸⁰.

En ce qui concerne le reste de l'œuvre, Hérodote, même s'il ne cesse de s'exprimer en son nom propre, utilise constamment des formes de délégation discursive qui, selon Peschanski, peuvent être divisées en quatre catégories : les délégations à des instances narratives indistinctes, à quelques informateurs désignés, aux personnages de citations apportées par l'auteur et, enfin, au lecteur-auditeur des *Histoires*⁸¹. Hérodote utilise d'abord l'ambiguïté. La première personne du singulier est remplacée par d'autres formes d'énonciation qui peuvent désigner à la fois l'investigateur et d'autres instances indéterminées de la même manière, que la première personne du pluriel, désignant une communauté d'une manière générale, à laquelle l'investigateur peut appartenir, comme « les Ioniens » ou « les Hellènes », ou non. Une autre forme d'énonciation, destinée à garantir le commentaire d'un passage, sans identifier le locuteur, est l'utilisation d'une sorte de voix sans rapport avec le texte. Ainsi, dans une narration du passé qui suit une ligne chronologique, il y a une comparaison avec un événement d'une autre époque, une explication ou un jugement de valeur, comme lorsque Hérodote raconte la manière dont Faidime découvre la farce du magicien Smerdis, qui occupait le trône perse, à cette époque apparaît un commentaire sur la polygamie chez les Perses : « Les femmes perses se couchent avec leur mari selon un horaire

⁷⁹ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 109.

⁸⁰ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 111-112.

⁸¹ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 113.

prédéterminé. »⁸² On voit donc que la préoccupation centrale de l'auteur n'est pas d'indiquer clairement ses sources, c'est-à-dire l'origine de l'information qui apparaît dans son texte.

Il faut dire, cependant, que ses informateurs sont parfois nommés, même si ce n'est pas aussi clairement que certains pourraient l'espérer. Habituellement, ceux-ci sont présentés uniquement comme « les prêtres égyptiens », ou même par le nom d'une personne et de sa ville d'origine, comme « l'Orchoménien Tersandros », ⁸³ mais sans plus de précisions. Il s'agit, en fait, de la deuxième forme de délégation du discours présentée par Peschanski – c'est-à-dire de la délégation à des informateurs désignés – mais il est clair que l'essentiel, pour l'auteur, n'est pas de créditer quelqu'un de l'information qui est donnée, dans le sens d'en confirmer la véracité ou la légitimité, par la présentation d'une origine fiable de son information. Il est également clair qu'Hérodote ne cherche pas à assembler un discours unificateur, basé sur ses enquêtes. La plupart du temps, il n'essaie pas de fusionner l'information reçue dans un discours à l'unisson, qui ne présenterait que la version qui lui semblerait être la meilleure, au contraire, il préserve le témoignage de ses sources dans sa diversité, démontrant ainsi l'altérité dans la narration, à travers la présentation – à plusieurs reprises – de différentes versions des faits, maintenant ainsi la pluralité des points de vue dans le texte. L'objectif principal de l'auteur semble être de faire réellement preuve d'altérité et non de créer une légitimité.

Il est également intéressant de noter qu'Hérodote, lorsqu'il présente différentes versions d'un même événement, prenant une position sur laquelle l'une lui semble être la meilleure, exprime beaucoup moins ses doutes sur d'éventuelles imperfections dans la transmission de l'information – il faut se rappeler que beaucoup des faits abordés se sont produits dans les générations précédentes – que sur la vraisemblance des faits eux-mêmes. En d'autres termes, l'auteur ne focalise pas son souci de véracité sur les éventuelles imperfections que le temps et la mémoire des informateurs (et de leurs ancêtres) pourraient provoquer dans leurs témoignages, mais sur le récit qui contient un rapport qui lui semble plus crédible, selon ses propres valeurs et ses propres informations : « Le critère de vérité réside ailleurs que dans le bon fonctionnement de la transmission d'une tradition. On avait probablement à cette époque une grande confiance dans le pouvoir de la mémoire ». ⁸⁴

⁸² HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 69.

⁸³ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, IX, 16.

⁸⁴ SIMONDON, Michèle. *La Mémoire et L'oubli*. Paris: Les Belles Lettres, 1982, p. 262.

L'absence d'un discours unificateur devient plus évidente lorsque nous traitons d'une autre forme de délégation du discours utilisée par Hérodote, qui est l'ouverture du texte au lecteur-auditeur, lorsque l'auteur montre différentes versions d'un même fait et ne prend pas position à ce sujet, en disant que le choix de la meilleure version appartient à chacun. C'est ce qui se passe, par exemple, lorsque l'on raconte deux versions différentes du meurtre de Polycrate⁸⁵.

Il existe aussi un autre moyen utilisé par l'auteur pour maintenir la pluralité des voix dans son texte : la reproduction des discours, avec une prédilection pour les discours reproduits dans un style indirect. Ce type de discours peut empêcher qu'un sujet ne soit complètement basé sur le contexte ou combiné à l'attribution explicite d'un informateur⁸⁶. Ce type de discours peut se manifester sous différentes formes, qui constituent une grande partie des textes des *Histoires*. L'une des voies les plus intéressantes, cependant, est la reconstitution des discours, ce qui permet à l'auteur d'éviter la narration en raison des acteurs qui ont participé aux événements. Ce type de discours se présente généralement sous la forme de dialogues dans lesquels les personnages tentent de se persuader l'un l'autre, ou de persuader un tiers. On peut citer quelques exemples de ce type de discours, comme le dialogue entre Xerxès et son oncle Artabanus, sur l'attaque des Perses contre la Grèce (VII, 10), ou encore dans la célèbre discussion entre les conspirateurs perses sur le meilleur régime de gouvernement (III, 80-83).

Ces dialogues sont sans doute des créations de l'auteur sur la base de ses informations – bien qu'Hérodote ne dise à aucun moment clairement si ces dialogues ont été transcrits ou imaginés – selon une certaine idée de ce que ces personnages auraient pu réellement dire. De cette façon, selon Peschanski, ces dialogues offrent l'occasion de visualiser les aspects psychologiques non seulement de leurs auteurs supposés, mais aussi de composer, à travers un individu, l'image de tout un peuple, ou dans un conflit, d'un camp entier⁸⁷.

Après avoir analysé toutes ces formes dans lesquelles la narration est déléguée à d'autres instances, il est possible de percevoir une dernière forme d'écriture, faite de narrations fluides, sans contestations ni explications et qui, comme d'autres formes de narration, apparaissent généralement comme des digressions tout au long du texte. On peut citer

⁸⁵ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 122.

⁸⁶ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p.118.

⁸⁷ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 120.

l'épisode de Périandros (III, 49-53) et le récit de Gygès (I, 7-12). Il ne faut pas oublier, cependant, que tous ces types de narration décrits ci-dessus sont des formes spécifiques, qui mélangent parfois des caractéristiques les unes avec les autres, apparaissant combinées dans certains passages du texte d'Hérodote. Il est aussi important de dire que, selon Catherine Peschanski, ces différentes formes d'écriture utilisées dans les Histoires renvoient à deux processus de connaissance bien distincts : un savoir critique, auquel l'élaboration de l'enquête laisse peu de place, et qui est celui qui apparaît lorsque le chercheur occupe le devant de la scène, réagissant aux informations qui lui sont fournies et élaborant personnellement les problèmes et les explications ; et un savoir immédiat, ce qui apparaît beaucoup plus fréquemment, lorsque l'auteur se place à l'arrière-plan, derrière ses informateurs et les personnages qui composent les narrations et s'abstient d'intervenir directement dans le texte, se réservant uniquement le rôle de narrateur⁸⁸.

2.1.2 La démocratie dans l'œuvre d'Hérodote

Hérodote a promu dans son œuvre une défense, à un certain niveau, de la démocratie – étant l'un des rares auteurs classiques à l'avoir fait, du moins parmi ceux dont l'œuvre nous est parvenue. Nous verrons cependant que le gouvernement du peuple, défendu par Hérodote, n'est pas mis en opposition avec un régime oligarchique, comme c'est souvent le cas chez les auteurs modernes, au contraire, Hérodote a même des sympathies pour Sparte. En fait, la question principale pour lui est la liberté par opposition à l'esclavage.

Tout d'abord, il est important de se rappeler qu'Hérodote n'a pas construit un traité sur la démocratie, il a seulement exprimé son opinion, implicitement ou explicitement, dans des passages épars ; par conséquent, il n'a pas fait une analyse détaillée du régime démocratique, à la recherche de ses limites possibles, ou des défauts et distorsions dans son fonctionnement. De plus, il ne faut pas oublier qu'il n'était pas toujours favorable aux décisions prises par le peuple, ce qui l'a conduit à exposer des opinions qui peuvent être interprétées comme négatives par rapport à la démocratie, comme, par exemple, au chapitre 97 du livre V : « Il semble vraiment plus facile de tromper beaucoup d'hommes qu'un seul, car Aristagoras n'avait pas pu tromper Cléomène seul, mais il l'a fait avec trente mille

⁸⁸ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 126.

Athéniens.⁸⁹ En parlant de ce passage de l'*histoire*, Momiglianus dit qu'Hérodote admire la démocratie athénienne et sait que la démocratie a rendu Athènes plus efficace dans la guerre que n'importe quelle autre cité-État grecque, mais « lorsque les Athéniens, contrairement à Cléomène de Sparte, sont persuadés par Aristagoras d'aider les Ioniens, il observe doucement qu'il est plus facile de gagner trente mille hommes qu'un. Il n'avait aucun doute qu'aider les Ioniens était la pire chose que les Athéniens pouvaient faire.⁹⁰

Mais c'était un prix à payer pour la liberté et la position d'Hérodote sur la démocratie était certainement favorable. En fait, la liberté était le point central. C'est l'expression la plus utilisée par Hérodote pour différencier les Grecs des barbares et c'est au nom de celle-ci que les premiers se sont battus. C'est ce qui, comme l'égalité, explique la motivation des Hellènes à se battre et surtout pourquoi ils se battent, parce que la résistance s'est organisée pour empêcher la domination perse. On peut même dire que la liberté a rendu l'égalité possible, car ce n'est que lorsqu'ils étaient libres de la domination, que ce soit sur le plan externe ou sur le plan intérieur (souvent combinés), que les citoyens pouvaient établir leurs propres règles, qui, définies de la même manière pour tous, aboutissaient à l'*isonomie*⁹¹. Il est donc intéressant de noter que la vision d'Hérodote sur la liberté et l'égalité n'est pas purement morale, elle a aussi un caractère plutôt pragmatique. Il ne les défend pas simplement parce qu'elles sont plus justes (et, selon Hérodote, elles le sont), mais surtout parce qu'elles ont des conséquences positives directes pour les peuples qui les adoptent, car cela donne envie aux individus de les préserver et, par conséquent, de faire plus d'efforts, surtout en tant que guerriers, pour préserver leurs lois et leurs villes et par conséquent leur liberté et leur égalité. Un passage intéressant, en ce sens, est donné à travers une réponse, selon Hérodote, donnée par Démaratos à Xerxès :

Il en est de même des Lacédémoniens. Dans un combat d'homme à homme, ils ne sont inférieurs à personne ; mais, réunis en corps, ils sont les plus braves de tous les hommes. En effet, quoique libres, ils ne le sont pas en tout. La loi est pour eux un maître absolu ; ils le redoutent beaucoup plus que vos sujets ne vous craignent. Ils obéissent à ses ordres, et ses ordres, toujours les mêmes, leur défendent la fuite, quelque nombreuse que soit l'armée ennemie, et leur ordonne de tenir toujours ferme dans leur poste, et de vaincre ou de mourir.⁹²

⁸⁹ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015.

⁹⁰ MOMIGLIANO, Arnaldo. *La Historiografia Grieca*. Barcelona: Editorial Crítica, 1984, p. 154.

⁹¹ Répartition égale dans le particulier ; égalité des droits en démocratie.

⁹² HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VII, 104.

Les concepts de liberté et d'égalité, bien qu'ils soient complémentaires dans l'œuvre d'Hérodote, peuvent être abordés séparément.

2.1.2.1 Le concept de liberté

Le mot le plus couramment utilisé par les Grecs de l'Antiquité pour exprimer l'idée de liberté est *Eleutheria*, et c'est aussi un nom qui désignait une divinité associée à l'idée de liberté. Cette dénomination pourrait également être utilisée comme épithète pour d'autres dieux, tels que Zeus Eleutherios, particulièrement vénéré à Athènes après la victoire sur les Perses à la bataille de Platées en 479 av. J.-C. Dans l'œuvre d'Hérodote, comme on l'a dit, la liberté acquiert une signification particulière, qui ne signifie pas seulement l'indépendance vis-à-vis de la domination étrangère. Si c'était le cas, de nombreux peuples seraient libres (tous ceux qui n'étaient pas sous la domination perse ou sous la domination d'un autre empire), mais la liberté pour laquelle les Grecs se sont battus signifiait plus, cela signifiait l'absence de règle interne, cela signifiait la liberté de chaque citoyen, et cette idée de liberté leur est propre, compte tenu du contexte du monde antique.

La liberté n'a donc existé que lorsqu'elle s'est établie à la fois intérieurement et extérieurement, car les deux formes de domination ont été vues de la même manière, à tel point que dans son récit, Hérodote, à travers des paroles qui auraient été prononcées par Miltiade – le principal général à la bataille de Marathon – met côte à côte la liberté des Athéniens par rapport aux Perses et par rapport à la tyrannie, à travers une référence aux tyrannicides : « Callimaque, lui dit-il, le sort d'Athènes est actuellement entre vos mains ; il dépend de vous de la mettre dans les fers, ou d'assurer sa liberté en acquérant une gloire immortelle, et telle que n'en a jamais approché celle d'Harmodius et d'Aristogiton. »⁹³ Callimaque, qui avait également le droit de vote, avec les stratèges, était celui qui déciderait (car cinq généraux pensaient qu'ils devaient se battre et cinq pensaient qu'ils ne le devaient pas) si les Athéniens se battraient ou non contre les Perses qui étaient déjà à Marathon. La décision de se battre signifiait la seule chance de maintenir la liberté d'Athènes, mais elle pouvait aussi signifier la destruction totale des Athéniens, car l'armée barbare était beaucoup plus nombreuse. Voulant convaincre Callimaque de prendre parti dans la bataille, Miltiade invoqua les noms de deux autres personnages, qui étaient profondément respectés à Athènes,

⁹³ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 109.

car ils auraient libéré les Athéniens de la tyrannie des Pisistratides. La domination interne était considérée par Hérodote comme un mal aussi grand que la domination externe.

La plus grande opposition d'Hérodote est, en fait, l'opposition entre « l'esclavage » et la liberté, c'est-à-dire l'opposition entre la tyrannie et les régimes égalitaires. Par conséquent, les Athéniens, lorsqu'ils ont vaincu les Perses, ne l'ont pas fait seulement en raison de leur supériorité technique en ce qui concerne la guerre – bien que ce soit également un facteur invoqué dans certaines parties du livre – mais principalement parce qu'ils se battaient pour leur propre liberté. De cette façon, les Athéniens savaient pour quoi ils se battaient et choisissaient de se battre, par la décision de leurs généraux (*strategoi*), qui étaient choisis par les citoyens. Au contraire, les divers peuples commandés par les Perses étaient contraints de se battre (parfois à coups de fouet) ; ils se disputaient selon la volonté d'un seul homme et c'était, dans l'œuvre d'Hérodote, sa plus grande faiblesse. Ce n'est qu'ainsi que l'on pourrait justifier la défaite d'une armée gigantesque par quelques milliers d'hommes, du moins en ce qui concerne les raisons humaines⁹⁴.

La liberté était donc quelque chose de profondément chéri par les Grecs, et défendu chaque fois que possible (même si de nombreuses villes ont rejoint les Perses, parce qu'elles ne croyaient pas en la possibilité de la victoire).⁹⁵ Plusieurs passages le démontrent : « Les

⁹⁴ Il est important de rappeler que les auteurs antiques font fréquemment référence à l'intervention divine dans les grandes batailles. L'un des exemples les plus marquants est sans conteste l'Illiade d'Homère, où presque chaque exploit des guerriers engagés dans un combat est accompagné d'une référence à l'intervention d'un dieu de l'Olympe.

⁹⁵ Nous nous référons ici à la conception hérodoteienne de la liberté. Il ne fait aucun doute que, depuis l'Antiquité, différentes conceptions ont existé. Rappelons, par exemple, la notion aristotélicienne d'éleutherie et l'homme comme animal politique, qui ne pouvait trouver sa liberté que dans la polis – en ce sens, voir l'intégralité de l'argumentation développée dans ARISTOTE. La Politique. Trad. de Pierre Pellegrin. Paris : Éditions Flammarion, 2015. Chez Hobbes, on retrouve la dichotomie entre deux natures distinctes de la liberté : celle de l'individu et celle de l'État. Alors que la liberté du souverain serait pleine et absolue, puisqu'elle résulte du pacte originel qui l'y autorise, la liberté de l'individu dépendrait d'une disposition légale ou de l'absence d'interdiction légale, précisément parce que c'est son libre arbitre qui, dans l'état de nature, autorisait le souverain à agir en son nom et pour son bénéfice. En ce sens, ainsi qu'une base pour expliquer comment Hobbes aurait pu clarifier de nombreuses inexactitudes terminologiques et variations conceptuelles lors de son débat avec l'évêque Bramhall, voir TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (2019). Liberdade e Necessidade em Hobbes: Reflexões sobre o livre arbítrio nas origens do Estado moderno. Veritas (Porto Alegre), 64(3), e33126. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2019.3.33126>. Dans la modernité, la liberté est considérée comme un droit humain de première dimension ou génération. Comme le souligne Pérez Luño, la mutation historique des droits humains a déterminé l'émergence de « générations » successives de droits. Les droits humains en tant que catégories historiques, qui ne peuvent se développer que dans des contextes temporellement déterminés, ont émergé avec la modernité dans l'atmosphère des Lumières qui a inspiré les révolutions bourgeoises du XVIIIe siècle. Ce contexte confère aux droits humains des profils idéologiques définis. Les droits de l'homme émergent avec une empreinte individualiste claire, en tant que libertés individuelles constituant la première phase, ou génération, des droits de l'homme. Cependant, cette matrice idéologique individualiste a subi un vaste processus d'érosion et de contestation lors des luttes sociales du XIXe siècle, qui ont mis en évidence la nécessité de compléter le catalogue des droits et libertés de la première génération par une deuxième

Milésiens, charmés d'être délivrés d'Aristagoras, étaient d'autant moins portés à recevoir dans leur pays un autre tyran, qu'ils avaient déjà goûté les douceurs de la liberté. »⁹⁶ Ce fait apparaît encore plus clairement dans l'œuvre d'Hérodote lorsque les Spartiates Spertias et Bulis répondent aux Hydarnes perses, au moment où ce dernier leur suggère que la meilleure chose à faire serait d'adhérer au Grand Roi de Perse :

Vous nous conseillez cet état, parce que vous en avez l'expérience, et que vous ne connaissez pas l'autre. Vous savez être esclave, mais vous n'avez jamais goûté la liberté, et vous en ignorez les douceurs. En effet, si jamais vous l'aviez éprouvée, vous nous conseilleriez de combattre pour elle, non seulement avec des piques, mais encore avec des haches..⁹⁷

Cette opposition, entre liberté et esclavage, est aussi très nette à l'intérieur même des cités grecques. Quant aux Athéniens, selon Hérodote, ils en vinrent à être craints même par les Spartiates lorsqu'ils n'étaient plus gouvernés par des tyrans : « les forces des Athéniens prenaient de nouveaux accroissements, et qu'ils n'étaient nullement disposés à leur obéir, venant alors à réfléchir que si ce peuple était libre, il tiendrait avec eux la balance égale, et que, s'il était retenu dans l'esclavage, il deviendrait prêt à obéir »⁹⁸. Les Spartiates décidèrent alors de ramener Hippias et d'instituer à nouveau une tyrannie à Athènes, ce qui fut refusé par le représentant de Corinthe et plus tard par les autres alliés de Sparte, les jugeant comme la tyrannie : « gouvernement le plus injuste et le plus sanguinaire qu'il y ait au monde ».⁹⁹ C'est certainement l'opinion d'Hérodote, qui apparaît sous diverses formes dans son œuvre.

génération de droits : les droits économiques, sociaux et culturels. Cependant, la stratégie de revendication des droits de l'homme présente aujourd'hui des caractéristiques indéniablement nouvelles, se polarisant autour de questions telles que le droit à la paix, les droits des consommateurs, les droits dans le domaine des biotechnologies et des manipulations génétiques, le droit à la qualité de vie et la liberté informatique. Nous sommes donc confrontés à une troisième génération de droits de l'homme, qui complète les phases précédentes et désigne les libertés individuelles et les droits économiques, sociaux et culturels. Ainsi, les droits et libertés de troisième génération se présentent comme une réponse au phénomène de « contamination des libertés », terme utilisé par certains secteurs de la théorie sociale anglo-saxonne pour désigner l'érosion et la dégradation des droits fondamentaux dues à certaines utilisations des nouvelles technologies. Par ailleurs, le stade actuel de développement technologique, conjugué à des avancées et progrès indéniables, a engendré de nouveaux phénomènes d'atteinte aux droits et libertés. Dans ce contexte, un mouvement se dessine dans la doctrine et la jurisprudence des pays les plus avancés en matière de développement technologique, en faveur de la reconnaissance du droit à la liberté d'information et du droit à l'autodétermination dans le domaine de l'information. In LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. In Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 39-74, out./dez. 2014.

⁹⁶ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 5.

⁹⁷ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VII, 135.

⁹⁸ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 91.

⁹⁹ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 92.

Il est donc clair que la distinction fondamentale est faite entre la tyrannie et la liberté et non entre l'oligarchie et la démocratie, concepts qui sont approchés dans ce même chapitre par l'auteur. Il le fait à travers les paroles de Soclès, le représentant de Corinthe, qui considère comme absurde que les Spartiates veuillent détruire les « régimes égalitaires » pour installer la tyrannie dans une ville grecque (en l'occurrence, Athènes), et ajoute : « S'il vous paraît avantageux de soumettre les États de la Grèce à des tyrans, commencez par en prendre un pour vous-mêmes, et cherchez ensuite à en donner aux autres ». Il est donc sous-entendu que le régime spartiate lui-même ferait également partie de ces régimes égalitaires. Ce qui est impressionnant, cependant, ce n'est pas que le régime spartiate soit considéré comme égalitaire, ce qui est une interprétation possible, mais plutôt la facilité avec laquelle des régimes aussi différents que le spartiate et l'athénien sont placés dans le même « groupe », par opposition à ce qui est considéré par Hérodote comme un grand mal, c'est-à-dire la tyrannie.

En fait, Hérodote n'est pas clairement opposé au régime oligarchique, comme on pourrait s'y attendre de la part de quelqu'un qui a vécu et défendu la démocratie. Il semble même pratiquement sans rapport avec la discussion qui serait l'une des principales pour les philosophes du IV^e siècle av. J.-C., en ce qui concerne les régimes politiques, c'est-à-dire la capacité et la légitimité de nombreuses personnes à gouverner.

2.1.2.2 Égalité

Hérodote n'est cependant pas complètement ignorant de cette discussion. Il est, en fait, le premier à le faire, mais d'une manière très inhabituelle. Il place ce débat parmi les conjurés perses, qui avaient renversé l'imposteur qui occupait le trône. Mais cette fois encore, les concepts de gouvernement populaire et d'oligarchie semblent être discutés en même temps que la question du pouvoir entre les mains d'un seul homme. Cela se produit lorsque Hérodote raconte l'argument supposé des Perses Otanes, Megabyze et Darius concernant le meilleur régime de gouvernement. Sur ce point, Luciano Canfora affirme qu'il est possible de soutenir que « le langage même utilisé par Otanes (hypothèse démocratique), Megabyze (hypothèse oligarchique) et Darius (hypothèse monarchique, l'hypothèse victorieuse) dans le débat

constitutionnel héradotéen contesté (III, 80-82) était familier même aux nobles cultures perses », ¹⁰⁰ et non exclusif à l'expérience politique grecque.

Il est vrai que certains auteurs soutiennent que cette discussion a peut-être eu lieu à cette époque. Cependant, la position dominante est qu'un tel dialogue n'aurait jamais eu lieu entre les Perses, comme le soutient Moore : « Il va presque sans dire que non seulement le dialogue n'est pas historique, mais qu'il n'y a jamais vraiment eu de chance d'avoir un gouvernement en Perse autre que la monarchie. » ¹⁰¹. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'Hérodote n'aurait pas connu cette discussion en détail, même si elle avait eu lieu, et, par conséquent, les arguments présentés en faveur de la démocratie sont de l'auteur. De cette façon, l'opinion attribuée à Otanes est une démonstration intéressante de la vision d'Hérodote sur la démocratie. Puis, après avoir critiqué le pouvoir exercé par un seul homme, Otanes parle d'égalité en disant ce qui suit :

Il n'en est pas de même du gouvernement démocratique. Premièrement on l'appelle isonomie (l'égalité des lois) ; c'est le plus beau de tous les noms : secondement, il ne s'y commet aucun de ces désordres qui sont inséparables de l'État monarchique. Le magistrat s'y élit au sort ; il est comptable de son administration, et toutes les délibérations s'y font en commun. Je suis donc d'avis d'abolir le gouvernement monarchique, et d'établir le démocratique, parce que tout se trouve dans le peuple. » Telle fut l'opinion d'Otanes. ¹⁰²

Ces paroles sont sans aucun doute un compliment, mais nous ne pouvons pas dire qu'elles soient décisives dans l'opinion d'Hérodote sur la démocratie, puisque l'éloge est alors aussi fait au « gouvernement des meilleurs », et aussi au gouvernement d'un seul homme, à travers les discours de Megabyze et de Darius. Il est donc à noter que l'intention d'Hérodote était d'être fidèle à ce que diraient trois hommes qui prononçaient des discours pour défendre ces positions. En fait, l'intention de l'auteur était de confirmer la véracité des discours présentés, ce qui est clair lorsque, dans une autre partie de son œuvre, il revient sur le sujet, affirmant que le général perse Mardonios aurait pris une attitude surprenante pour « les Hellènes répugnants à croire qu'Otanes avait exprimé dans le débat des Sept Perses une opinion selon laquelle le régime qui convenait aux Perses était la démocratie : il déposa tous les tyrans des Ioniens et institua des constitutions démocratiques dans les villes. » ¹⁰³

¹⁰⁰ CANFORA, Luciano. *El Ciudadano* In VERNANT, Jean-Pierre. *El Hombre Griego*. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 145.

¹⁰¹ MOORE, J. M. *Aristotle and Xenophon on Democracy and Oligarchy*. Los Angeles: University of California, 1986, p. 135.

¹⁰² HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 80.

¹⁰³ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 43.

Mais, comme nous l'avons dit plus haut, même si des discours similaires avaient été prononcés par les Perses, Hérodote n'aurait eu aucun moyen de les connaître, de sorte que les arguments précédemment cités en défense de la démocratie doivent être très proches des arguments d'Hérodote lui-même.

Ainsi, ces chapitres offrent une occasion intéressante d'entrevoir les différences, chez Hérodote, entre les régimes démocratiques et oligarchiques : comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'agit pas de la principale différenciation faite par l'auteur, perdant de l'espace face à l'opposition fondamentale entre tyrannie et liberté, mais, à ce moment-là, une différenciation argumentative est présentée, à travers les mots d'Otanes et de Megabyze. Cependant, cette discussion de nature politique, entre trois conspirateurs perses qui ont renversé l'imposteur magicien, en plus de son caractère pionnier (puisque'elle a été écrite plus de cinquante ans avant les œuvres de Platon et d'Aristote), peut aussi avoir une connotation morale. Avant que Darius, le premier grand roi perse à attaquer Hellas, n'accède au trône, les Perses auraient eu l'occasion de changer leurs institutions, en étant en mesure de les remplacer par des institutions meilleures et plus justes, mais ils ne l'ont pas fait. Le résultat se fera sentir quelques années plus tard, lorsque le grand empire perse sera vaincu par quelques petites villes, mais d'hommes libres, ce qui les rendra beaucoup plus vaillants, même en temps de guerre. En fait, dans l'Histoire : « La chance semble souvent ajuster le cours des opérations, mais c'est la valeur des troupes engagées qui, en fin de compte, fait pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Et cette valeur est, pour Hérodote, un effet des institutions.¹⁰⁴

L'un des passages où Hérodote démontre le plus clairement son affection pour l'égalité se trouve au chapitre 78 du livre V, où l'auteur exprime son opinion sur le régime politique athénien : « il n'est pas évident dans un cas isolé, mais dans la majorité des cas, que l'égalité est une excellente institution ; gouvernés par des tyrans, les Athéniens n'étaient supérieurs en guerre à aucun de leurs peuples voisins, mais libérés des tyrans, ils ont pris de loin la première place ». Le mot « égalité », dans cette citation, est *isegoria*, qui signifie égalité pour parler – dont le sens est étroitement lié à celui du mot *isonomia* (égalité devant la loi). Selon Finley, Hérodote n'utilise pas le mot démocratie, mais le mot *isegory* était parfois utilisé par les écrivains grecs comme synonyme de celui-ci¹⁰⁵.

Hérodote, dans ce même chapitre, continue : « Cela prouve que, dans la servitude, ils se sont comportés à dessein comme des lâches, croyant servir un maître ; libre, cependant,

¹⁰⁴ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 50.

¹⁰⁵ FINLEY, Moses I. *Democracia Antiga e Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 31.

chacun a agi de toutes ses forces pour accomplir la mission dans son propre intérêt ». Ces affirmations sont basées sur les faits qu'il a rapportés dans le chapitre précédent, concernant l'attaque athénienne contre les Béotiens, lorsqu'ils ont remporté une grande victoire. Plus tard, le même jour, « les Athéniens passèrent à Euroya, combattirent aussi avec les Chalcidiens, les vainquirent aussi et laissèrent quatre mille clérucos dans les terres des « Éleveurs de chevaux » ». ¹⁰⁶

Plus tard, en racontant la bataille de Marathon, Hérodote confirme son opinion concernant la valeur des Athéniens dans la guerre :

[...] Au premier signal, les Athéniens franchirent en courant cet espace. Les Perses, les voyant accourir, se disposèrent à les recevoir; mais remarquant que, malgré leur petit nombre et le défaut de cavalerie et de gens de trait, ils se pressaient dans leur marche, ils les prirent pour des insensés qui couraient à une mort certaine. Les barbares s'en faisaient cette idée; mais les Athéniens les ayant joints, leurs rangs serrés, firent des actions mémorables. ¹⁰⁷

Par conséquent, l'opinion qu'Hérodote avait précédemment exprimée, sur un plan conceptuel, il la confirme avec le récit de la bataille de Marathon, où les Athéniens ont combattu pratiquement seuls, mais ont néanmoins vaincu une armée barbare beaucoup plus nombreuse – et qui avait déjà capturé une autre ville importante, Érétrie – démontrant ainsi leur supériorité sur le champ de bataille.

Ailleurs dans l'œuvre, quand Hérodote parle de la révolte en Ionie, le terme *isonomie* est de nouveau utilisé, et de nouveau l'occasion est présentée de le louer : « Premièrement, il se démit en apparence de la tyrannie, et rétablit l'égalité [*isonomie*] dans Milet, afin d'engager les Milésiens à le seconder d'eux-mêmes » ¹⁰⁸. On voit ainsi que l'égalité serait le désir des habitants de Myletus, car cela est établi dans le but d'inciter les Milésiens à se joindre à la révolte. Cela devient encore plus clair, d'après ce qui a été dit jusqu'ici, si l'on se rend compte que l'égalité a été établie, au moins formellement, en substitution d'une tyrannie, qui est, dans l'œuvre d'Hérodote, le pire des régimes.

2.1.2.3 Le gouvernement du peuple

¹⁰⁶ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 77.

¹⁰⁷ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 112.

¹⁰⁸ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 37.

La référence faite au gouvernement du peuple à l'occasion du débat entre les conspirateurs perses n'est pas la seule dans l'*Histoire*. Au chapitre 164 du livre VII, Hérodote dit que Cadmos, après avoir reçu de son père le gouvernement tyrannique solidement établi à Kos : « Quoiqu'elle fût alors dans un état de prospérité et que sa puissance y fût bien affermie, il l'avait cependant remise aux habitants sans y être forcé par des circonstances fâcheuses, mais volontairement, et par amour pour la justice ». Il s'agit d'une réflexion qui a un caractère évidemment moral. L'auteur met son opinion dans le sens que le gouvernement du peuple serait le régime le plus juste. Il est intéressant de rappeler que, une fois de plus, cette affirmation de la justice du pouvoir remis au peuple s'oppose à un régime tyrannique précédent, qui, dans ce cas, s'est établi dans la ville de Kos. Un autre passage qui révèle la sympathie d'Hérodote pour le régime démocratique est un éloge fait à Athènes, même s'il ne se réfère pas spécifiquement au régime politique athénien, au chapitre 139 du livre VII, lorsque l'auteur dit que : « On ne s'écarterait donc point de la vérité en disant que les Athéniens ont été les libérateurs de la Grèce », car selon Hérodote, si les Athéniens avaient fui ou conclu un accord avec les Perses, personne n'aurait essayé de leur résister sur mer, et si personne n'avait résisté aux Perses sur mer, les défenses de Sparte et de ses alliés par terre n'auraient pas été suffisantes pour arrêter l'avancée des troupes du Grand Roi.

Une autre preuve de la tendance de l'œuvre d'Hérodote est qu'elle a été acclamée après avoir été lue sur la place publique d'Athènes, et qu'Hérodote a probablement reçu le prix de dix talents¹⁰⁹. À Athènes, Hérodote a vécu avec des personnages illustres, parmi lesquels Périclès lui-même, qu'il mentionne de manière très positive dans son œuvre. Se référant à la grossesse de sa mère, Agariste, il dit que : « Elle épousa Xanthippe, fils d'Ariphron. Tandis qu'elle était enceinte, elle crut en songe qu'elle enfantait un lion; et, quelques jours après, elle accoucha de Périclès ».

Alors que dans les analyses modernes de la démocratie, des questions telles que la mesure dans laquelle il y avait une égalité de fait entre les citoyens dans leur vie politique, ou si elle était dominée par certains éléments, ou quelle était l'importance de l'esclavage et de l'empire athénien dans le maintien du régime démocratique, dans Hérodote, ces questions, ainsi que les critiques de nombreux Athéniens qui défendaient un régime oligarchique – se référant à l'incapacité supposée de discernement que les pauvres auraient participer à la vie

¹⁰⁹ Talento era uma unidade de medida e monetária utilizada em Atenas e em outras partes do mundo grego – e, posteriormente, para toda a região do Mediterrâneo – no período clássico. Como unidade de medida, por exemplo, um talento correspondia à carga que um homem adulto poderia carregar, como explicam HUMPHREY, John William; OLESON, John Peter; SHERWOOD, Andrew Neil. *Greek and Roman technology*. Abingdon: Routledge, 1997, p. 489.

politique – passent pratiquement inaperçues, l'accent étant mis sur la façon dont l'égalité et la liberté différencient une population, notamment en ce qui concerne son comportement sur le champ de bataille. Catherine Peschanski se réfère à cette caractéristique de l'œuvre, rappelant que les soldats perses apparaissent toujours dans *l'Histoire* guidés par la coercition, pour cette raison « ils sont susceptibles de graves échecs, que ce soit leur tendance à trahir, ou que, victimes de leur propre servitude, ils se préoccupent plus de plaire à leur souverain que d'achever leurs ennemis sur le champ de bataille ». ¹¹⁰

2.1.2.4. La construction de l'autonomie

Il est intéressant de noter, à ce stade, que la liberté, chez Hérodote, est ce qui rend possible l'émergence d'un homme différent, non seulement dans la guerre, mais dans toute la vie sociale et spirituelle. Cette liberté s'oppose à l'esclavage, non pas dans le sens d'une condition juridique individuelle (en tant qu'esclave-marchandise, esclave pour dette, etc.), mais se référant à l'ensemble d'une société donnée et à la mesure dans laquelle ses membres participent aux processus de prise de décision sur les questions qui concernent cette société tout entière. La guerre apparaît donc dans l'œuvre d'Hérodote principalement comme un moment de réflexion sur la liberté politique et de louange à cette liberté. L'attitude des hommes en tant que combattants ne reflète rien d'autre que leur condition de citoyens, alors qu'ils luttent pour préserver leur liberté politique et par conséquent leur droit de participation. D'où l'affirmation d'Hérodote à propos des Athéniens, mentionnée ci-dessus, selon laquelle eux, libres, ont agi de toutes leurs forces pour remplir les missions à leur propre avantage, contrairement à l'époque où ils étaient gouvernés par des tyrans et se comportaient délibérément comme des lâches.

C'est ce même univers spirituel qui permet la participation politique d'un large contingent de citoyens qui permet de produire une œuvre comme *l'Histoire* d'Hérodote. Le chemin de l'autonomie humaine – ou, du moins, ses premiers pas – qui a un jalon fondamental dans l'œuvre d'Hérodote, se déroule principalement en opposition à la détermination divine – puisque Hérodote n'a plus besoin de l'inspiration des muses – mais, en même temps et d'une manière liée, il représente une rupture avec cette structure sociale qui déterminait les sources de vérité en fonction de la position sociale de ceux qui la prononçaient. Ainsi, c'est le processus de sécularisation de la parole, qui a son origine directement liée à une plus grande

¹¹⁰ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 54.

liberté d'expression existant dans les cercles guerriers de la société grecque archaïque, qui a conduit à l'égalité politique :

Quelque absolu que soit l'empire de la parole magico-religieuse, certains cercles sociaux semblent avoir échappé à son influence. Depuis les temps les plus reculés, ils ont un autre type de parole : la parole-dialogue. Ces deux types de parole s'opposent sur toute une série de points : la première est efficace, intemporel ; elle est indissociable des conduites et des valeurs symboliques ; C'est le privilège d'un type d'homme exceptionnel. Au contraire, la parole-dialogue est sécularisée, complémentaire de l'action, inscrite dans le temps, dotée de sa propre autonomie et élargie aux dimensions d'un groupe social. Ce groupe social est formé d'hommes spécialisés dans la fonction guerrière, dont le statut particulier semble s'étendre de l'époque mycénienne à la réforme hoplite, qui marque la fin du guerrier en tant qu'individu privé et l'extension de ses privilèges au citoyen de la ville¹¹¹.

C'est donc l'existence d'un espace plus ouvert, de discussion, par opposition à la parole efficace – celle venant de certaines figures sociales – qui a conduit à la sécularisation de la parole et de la pensée. L'Histoire d'Hérodote est la fille de ce processus et le renforce, car elle fait, comme l'un des aspects principaux de son œuvre, une critique sévère de la tyrannie. Mais, comme on l'a dit, ces débuts de l'autonomie humaine, annoncés dans l'œuvre d'Hérodote, sont également liés à l'univers spirituel du *Polis* lui-même et à sa structuration politique, en ce sens qu'il n'est dépendant d'aucune puissance étrangère et qu'il existe un espace de décision politique, c'est-à-dire un espace de discussion et de décision collective.

Ce type de processus de prise de décision se présente en opposition au modèle des royaumes orientaux, qui n'avaient pas d'équivalent en Grèce depuis la période mycénienne et dont la disparition a rendu possible la création d'un nouveau type de société, avec de nouvelles valeurs et une nouvelle structure de pensée : Selon Jean-Pierre Vernant, la chute de Mycènes, au XII^e siècle av. J.-C., elle représente non seulement la chute d'une dynastie, mais la destruction de toute une forme de vie sociale, structurée autour du palais, avec la disparition de la figure du « Roi divin » du contexte hellénique. Ce processus change, en fait, l'homme grec lui-même, « modifie son univers spirituel, transforme certaines de ses attitudes psychologiques ». Ces profonds changements ont pu « préparer, à la fin de la longue et sombre période d'isolement et de remise en question des faits qu'on appelle le Moyen Âge grec, une innovation double et solidaire : l'institution de la cité et la naissance d'une pensée rationnelle ». ¹¹²

¹¹¹ DETIENNE, Marcel. *Os Mestres da Verdade na Grécia Arcaica*. Rio de Janeiro: Zahar, s/d, p. 45.

¹¹² VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. 3^a ed. São Paulo: Difel, 1981, p. 6.

Vernant parle d'une double innovation solidaire : l'institution de la ville et la naissance de la pensée rationnelle. C'est précisément dans ce contexte, bien que dans une période ultérieure, que s'insère l'histoire, comme un certain regard sur le passé, qui est la fille de la cité, de la liberté, et en même temps promeut les deux, déjà dans un processus de découverte de l'autonomie humaine. Vernant ajoute : « La vie politique grecque est destinée à faire l'objet d'un débat public, en plein soleil, dans l'Agora, de la part de citoyens définis comme égaux et dont l'État est le problème commun. »¹¹³

C'est l'innovation de la cité, qui est aussi liée à une pensée rationnelle et autonome, qui est née précisément en raison d'un environnement plus démocratique, plus ouvert, qui est défendu dans l'*Histoire* (principalement à travers la défense de la valeur des citoyens en tant que guerriers), mais qui en même temps a rendu son existence possible. Par conséquent, l'œuvre d'Hérodote est une apologie de la structure sociale même qui a rendu son existence viable – une structure sociale qui avait la liberté et l'égalité comme aspects fondamentaux, comme les Grecs de l'Antiquité comprenaient ces valeurs.

La démocratie et la pensée rationnelle sont symboliquement réunies dans l'œuvre du père de l'histoire. Cette nouvelle vision du monde qui nous a été léguée par les Grecs a constitué la base de toute la construction de la pensée occidentale et du développement scientifique qui a été érigé à partir de là. Mais il est nécessaire de se rappeler que la pensée rationnelle est, avant tout, une façon d'expliquer le monde, un système qui met de l'ordre dans le chaos qu'est l'immensité des événements qui se produisent sans interruption dans toutes les parties du cosmos. C'est ce système qui, dès lors, s'est développé et a fini par aboutir à la rationalité moderne. Il est donc essentiel de souligner que la crise de la modernité n'est pas seulement une crise des aspects de notre société qui ont émergé au cours de la modernité, mais plutôt une crise profonde et large. C'est une crise qui affecte les structures mêmes de la rationalité humaine, ainsi que la notion d'ordre, héritée de l'Antiquité classique.

Ou, au contraire, serait-il possible de comprendre qu'il ne s'agit pas exactement d'une crise ? Ne sommes-nous donc pas déjà dans un nouveau moment, après la modernité – même si nous conservons, dans une certaine mesure, des caractéristiques de celle-ci, comme la modernité elle-même avait aussi des caractéristiques d'autres périodes ? C'est à cela que se réfère instinctivement le terme de postmodernité. Cependant, certains auteurs interprètent que nous ne serions pas dans un moment après la modernité, mais plutôt que nous ferions l'expérience d'une exacerbation de celle-ci, tandis qu'une autre ligne soutient que nous

¹¹³ VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. 3ª ed. São Paulo: Difel, 1981, p. 6.

pourrions même vivre dans une sorte d'hyper-réalité, causée par la perte totale de référence qui s'est produite pendant la modernité.

2.2. Les différentes interprétations de la postmodernité

2.2.1 Des concepts divers dans le spectre de la postmodernité

Il y a plusieurs courants de penseurs qui travaillent dans une perspective de la crise de la modernité et de la crise de l'État moderne. La première d'entre elles est celle des auteurs qui soutiennent, comme nous l'avons déjà mentionné, que nous vivons dans un contexte que l'on peut qualifier de « post-modernité ».

Il est courant de dire que Jean-François Lyotard aurait été l'un des principaux responsables de la grande diffusion de l'expression « postmodernité ». Il est important de souligner, cependant, qu'il n'en est pas le créateur, ce qui est clair au début de l'ouvrage *La condition postmoderne*, lorsque Lyotard affirme que l'expression se réfère à l'état actuel des sociétés les plus développées et est utilisée, sur le continent américain, par les sociologues et les critiques, désignant « l'état de la culture après les transformations qui ont affecté les règles des jeux de la science, de la littérature et des arts à partir de la fin du XIXe siècle ». ¹¹⁴ Même s'il y a cette référence à des changements qui auraient commencé à la fin du XIXe siècle, l'auteur précise, peu après, que son hypothèse est que « la connaissance change de statut en même temps que les sociétés entrent dans l'ère dite post-industrielle et les cultures entrent dans l'ère dite post-moderne », ainsi que que « ce passage a commencé au moins à la fin des années 50, marquant, pour l'Europe, la fin de sa reconstruction. C'était plus ou moins rapide selon les pays et, dans les pays, selon les secteurs d'activité ». ¹¹⁵

Il est clair que, pour Lyotard, l'aspect central de la postmodernité est la crise des métarécits et, bien sûr, toutes les conséquences qui en découlent. En ce sens, l'auteur exprime que :

En simplifiant à l'extrême, on tient pour « postmoderne » l'incrédulité à l'égard des métarécits. Celle-ci est sans doute un effet du progrès des sciences ; mais ce progrès

¹¹⁴ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7.

¹¹⁵ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 11.

à son tour la suppose. À la désuétude du dispositif métanarratif de légitimation correspond notamment la crise de la philosophie métaphysique, et celle de l'institution universitaire qui dépendait d'elle. La fonction narrative perd ses foncteurs, le grand héros, les grands périls, les grands périple et le grand but. Elle se disperse en nuages d'éléments langagiers narratifs, mais aussi dénotatifs, prescriptifs, descriptifs, etc, chacun véhiculant avec soi des valences pragmatiques *sui generis*. Chacun de nous vit aux carrefours de beaucoup de celles-ci. Nous ne formons pas des combinaisons langagières stables nécessairement, et les propriétés de celles que nous formons ne sont pas nécessairement communicables.¹¹⁶

Il faut comprendre que, pour le penseur français, la science a son propre discours de légitimation, qui est la philosophie. Cependant, lorsque ce métadiscours utilise ouvertement celui d'une grande histoire pour se légitimer, comme la dialectique de l'esprit, l'herméneutique du sens, l'émancipation du sujet rationnel ou du travailleur, le développement de la richesse, etc., cette science est dite « moderne ».¹¹⁷ Il y a donc une rupture évidente entre le monde moderne et le monde postmoderne, mais cette rupture est beaucoup plus centrée sur le niveau de la connaissance que sur le niveau institutionnel lui-même – bien que plusieurs conséquences institutionnelles en découlent.

De cette façon, émerge une société qui s'appuie moins sur une anthropologie « newtonienne », comme le structuralisme ou la théorie des systèmes, et plus sur des connaissances pragmatiques, comme certains aspects de la communication. La légitimité en termes de justice sociale et de vérité scientifique serait d'optimiser l'efficacité du système. Cette logique de meilleure performance est sans doute incohérente à bien des égards, notamment en ce qui concerne la contradiction dans le domaine socio-économique, puisqu'elle veut, en même temps, moins de travail – pour baisser les coûts de production – et plus de travail, pour alléger le fardeau social de la population inactive. De plus, le critère de l'opérativité est technologique, et n'est donc pas adéquat pour juger de ce qui est vrai et juste. Cependant, l'incrédulité qui règne dans la société est si importante qu'il n'y a pas d'issue salvatrice à ces contradictions. La condition postmoderne est « aussi étrangère au désenchantement qu'à la positivité aveugle de la délégitimation ».¹¹⁸

En ce qui concerne les conséquences institutionnelles mentionnées ci-dessus, Lyotard précise que les transformations économiques présentes dans la phase actuelle du capitalisme, ainsi que la mutation des techniques et des technologies, ont lieu parallèlement à

¹¹⁶ LYOTARD, Jean-François. La condition postmoderne: rapport sur le savoir. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7-8.

¹¹⁷ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7.

¹¹⁸ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 8.

un changement dans le fonctionnement des États. Les fonctions de régulation et, par conséquent, de reproduction, sont et seront de plus en plus retirées aux administrateurs. La classe dirigeante est et sera les décideurs. Il n'est plus constitué de la classe politique traditionnelle, mais d'une couche formée d'administrateurs d'entreprises, de hauts fonctionnaires, de dirigeants de grands organismes professionnels et confessionnels, etc. Dans ce contexte, les anciens pôles d'attraction formés par les États-nations, tels que les partis, les institutions et les traditions historiques, perdent de leur attrait¹¹⁹.

Jacques Chevallier, à son tour, soutient qu'il y a plusieurs points de rupture entre le moment actuel et la période moderne, qui suffisent à caractériser, de nos jours, quelque chose de nouveau – une *post-modernité*. Il n'est cependant pas d'accord avec ceux qui voient la fin de l'État comme une forme d'organisation politique, car il comprend que la mondialisation ne tend pas à éliminer les États nationaux, mais, au contraire, souligne la confirmation de l'hégémonie du modèle étatique qui a prévalu en Occident, bien qu'avec des transformations significatives.¹²⁰

Dans l'ouvrage susmentionné, Chevallier esquisse une série d'aspects de la crise de l'État moderne, allant des changements dans l'architecture de l'État aux changements profonds dans le lien politique entre les citoyens et l'État. L'un des points abordés en profondeur concerne les transformations du Droit. Pour cet auteur, il est possible de parler d'une « crise de la modernité juridique », puisque le Droit moderne était basé sur « l'empire de la raison », ayant comme objectif principal la recherche d'une structure claire, bien symbolisée par la pyramide normative kelsenienne. D'autre part, le droit postmoderne a plusieurs sources et sa cohérence est beaucoup plus complexe, avec une grande importance pour les normes produites de manière décentralisée – comme les agences de régulation – et même pour le *soft law*, souvent construit en dehors de l'État lui-même.¹²¹

En ce qui concerne les changements dans le lien politique, les transformations du concept même de citoyenneté sont d'une grande importance. Chevallier affirme que la conception traditionnelle de la citoyenneté est de pouvoir participer à la gestion politique, et que celle-ci constitue un concept d'exclusion, puisqu'elle n'englobe que l'identité nationale, abandonnant les autres – comme, par exemple, un certain groupe ethnique –, qui doit toujours se conformer à certaines exigences. Dans la postmodernité, en revanche, la citoyenneté évolue

¹¹⁹ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 29-30.

¹²⁰ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.11-16.

¹²¹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 116-122.

vers une idée plus souple, plus tolérante et plus active, même en raison de l'affaiblissement de la centralité du modèle étatique. Une autre caractéristique pertinente soulignée est une plus grande importance des droits attachés aux droits politiques, puisque cette nouvelle citoyenneté serait également plus complète, englobant les personnes qui participent à la vie politique par d'autres moyens, comme, par exemple, la pression exercée sur les entités gouvernementales par le biais de groupes de la société civile.¹²²

Dans le même sens, Pérez Luño, en identifiant le processus qu'il appelle la « fragmentation de la citoyenneté », affirme que la notion de citoyenneté germée dans la modernité est pointée du doigt comme responsable de l'homogénéisation de manière fictive et intolérante de tous les individus dans un statut commun et universel de *citoyen*. Cependant, ce concept a été sévèrement critiqué et la reconnaissance de la diversité culturelle comme base de la différenciation entre les citoyens a été proposée. De cette façon, il mentionne les idées d'autres penseurs, comme celles dans le sens d'une « citoyenneté différenciée », capable d'englober la grande diversité de valeurs culturelles que l'on trouve dans les sociétés d'aujourd'hui. Dans ceux-ci, la population est intégrée par une multiplicité de groupes qui ont des traits identitaires particuliers, laissant derrière eux l'image abstraite d'un tout compact pour montrer sa réalité complexe et hétérogène¹²³. Temis Limberger affirme également que le droit, l'État et la politique sont en train de se transformer dans la postmodernité, chacun dans son aspect et réciproquement : « l'information qui circule librement, en réseau, ainsi que la possibilité et la facilité de transférer des capitaux par des moyens électroniques font perdre aux concepts de frontière physique et de territoire leur sens et leur importance ». C'est ainsi que le concept de citoyenneté, lié à la nationalité, subit un processus de reformulation¹²⁴.

Il est toutefois nécessaire de relativiser les déclarations faites jusqu'à présent. Bien que le changement de paradigme qui s'est produit au cours des dernières décennies en ce qui concerne le concept de citoyenneté et la centralité du modèle étatique soit indubitable, on ne peut pas dire que la tension entre une approche nationaliste et une approche internationaliste soit un phénomène récent. Pour mieux comprendre ce contexte, il est nécessaire de

¹²² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251-259.

¹²³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. ¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?. Barcelona: Gedisa, 2004, p.35-36. De fato, Kymlicka questiona se ainda podemos falar em cidadania em uma sociedade onde os direitos estão distribuídos com base ao pertencimento a certo grupo, asseverando – a despeito da crítica de alguns autores liberais, de que uma “cidadania diferenciada” seria uma contradição – que essa concepção é a única capaz de descrever adequadamente o funcionamento da cidadania nas sociedades contemporâneas. In KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press 1995, p. 174.

¹²⁴ LIMBERGER, Têmis. BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 30.

développer plusieurs aspects liés à la perspective de la crise de la modernité, qui incluent des points particulièrement liés à la question de la souveraineté étatique, mais qui vont bien au-delà de ceux-ci.

Selon Anthony Giddens, les théoriciens des relations internationales étudient généralement le développement du système de l'État-nation en analysant ses origines en Europe et sa propagation ultérieure à l'échelle mondiale. Les États souverains émergeraient d'abord comme des entités largement séparées, ayant un contrôle administratif presque total à l'intérieur de leurs frontières. Au fur et à mesure que le système étatique européen est devenu un système mondial d'États-nations, des modèles d'interdépendance se sont de plus en plus développés, et ceux-ci se sont exprimés non seulement dans les liens que les États forment les uns avec les autres dans le contexte international, mais aussi dans la création d'organisations intergouvernementales. Cependant, cette image n'est pas tout à fait correcte, puisque, comme l'a déclaré l'auteur susmentionné :

Le pouvoir souverain des États modernes n'a pas été formé avant leur implication dans le système des États-nations, et même dans le système étatique européen, mais s'est plutôt développé en conjonction avec lui. En fait, la souveraineté de l'État moderne dépendait dès le départ des relations entre les États, en fonction desquelles chaque État (en principe, et en aucun cas en pratique) reconnaissait l'autonomie des autres à l'intérieur de ses frontières. Aucun État, aussi puissant soit-il, n'a détenu en pratique un contrôle de souveraineté aussi important que celui qui était vénéré dans les principes juridiques.¹²⁵

En d'autres termes, le développement des États nationaux lui-même s'est déroulé d'une manière qui était intrinsèquement liée à l'ensemble des relations internationales présentes dans le contexte européen au moment de ce développement. En pratique, il n'y a jamais eu la souveraineté presque absolue conçue dans les modèles théoriques.

En outre, ce processus – de développement, de consolidation et de crise ultérieure des États nationaux – ne s'est pas produit uniformément au cours des siècles dans les différentes parties du globe. La perte d'autonomie de certains États à certaines périodes s'est accompagnée d'une augmentation de l'autonomie par rapport à d'autres acteurs dans différentes régions du monde, comme cela s'est produit, par exemple, dans la période qui a suivi la Seconde Guerre mondiale, avec la signature de plusieurs traités internationaux par les

¹²⁵ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 62.

nations européennes concomitamment à la formation de plusieurs États nationaux dans le processus de décolonisation afro-asiatique.

Tout au long de la modernité, il y a donc eu une certaine tension entre une perspective nationaliste et une perspective internationaliste, bien qu'avec une nette prééminence, surtout dans l'aspect conceptuel, de la première sur la seconde. En d'autres termes, la période moderne a consacré la prépondérance de l'État-nation, mais sa centralité même était due à la manière dont les relations internationales se sont tissées lors de sa construction.

C'est dans ce contexte que s'insère le débat conceptuel et terminologique, qui comprend des définitions telles que *postmodernité* et *hypermodernité*, *haute modernité*, *modernité liquide*, entre autres. On peut dire que l'une des principales différences entre ces approches est la relation de continuité/rupture entre le moment actuel et la modernité. Tous reconnaissent des similitudes et des différences entre les périodes, mais l'accent mis sur certains aspects peut modifier considérablement les conclusions. Giddens, par exemple, comprend que nous vivons actuellement dans une période de « haute modernité », utilisant également le terme *postmodernité* pour désigner un avenir qui n'est pas encore défini : « Qu'y a-t-il au-delà de cela ? Peut-on attribuer un sens précis au concept de *postmodernité* ? Quels types d'utopies pouvons-nous établir, en tant que projets orientés vers l'avenir ?¹²⁶. Mais cet auteur utilise aussi une autre expression pour désigner le moment actuel, qui est la « modernité radicalisée ».

La « modernité radicalisée » est l'alternative interprétative présentée par Giddens, c'est-à-dire une lecture de l'époque actuelle qui remet en question les conceptions habituelles de l'émergence de la *postmodernité*. Il établit, en effet, une comparaison directe de plusieurs points entre ces deux positions, affirmant que la *postmodernité* comprend la transition qui s'opère en termes épistémologiques – ou comme une épistémologie totalement décomposante ; Il se concentre sur les tendances centrifuges des transformations sociales actuelles et leur caractère de déplacement ; voit le moi comme dissous ou démembré par la fragmentation de l'expérience ; affirme la contextualité des revendications de vérité ou les considère comme « historiques » ; théorise l'impuissance que ressentent les individus face aux tendances de la mondialisation ; voit le « vidage » de la vie quotidienne comme le résultat de l'introduction de systèmes abstraits ; voit l'engagement politique coordonné rendu impossible par la primauté

¹²⁶ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 144.

de la contextualité et de la dispersion et, enfin, définit la postmodernité comme la fin de l'épistémologie, de l'individu et de l'éthique.

D'autre part, la modernité radicalisée, selon Giddens, identifie les développements institutionnels qui créent un sentiment de fragmentation ; voit la haute modernité comme un ensemble de circonstances dans lesquelles la dispersion est dialectiquement liée à des tendances profondes vers l'intégration mondiale ; interprète le soi comme plus qu'un simple lieu de forces qui se croisent ; permet des processus actifs d'auto-identité ; affirme que les caractéristiques universelles des prétentions à la vérité s'imposent à nous de manière irrésistible étant donné la primauté des problèmes de type global ; analyse une dialectique de l'absence et de la possession du pouvoir en termes d'expérience et d'action ; voit la vie quotidienne comme un complexe actif de réactions à des systèmes abstraits, impliquant à la fois l'appropriation et la perte ; considère qu'un engagement politique coordonné est possible et nécessaire, au niveau mondial comme au niveau local, et définit également la postmodernité comme un ensemble de transformations possibles « au-delà » des institutions de la modernité¹²⁷.

D'après les éléments avancés par l'auteur, il est clair qu'il existe des différences importantes entre les deux lignes d'interprétation. Il est particulièrement nécessaire de souligner que cette modernité radicalisée, défendue par Giddens, met l'accent sur le caractère global des problèmes à affronter, ainsi que sur l'approche qui en est faite, en mettant en évidence des éléments qui diffèrent du contexte de la modernité, mais sans qu'il y ait de rupture entre celui-ci et le moment actuel.

Bien sûr, la question de la nomenclature est loin d'être si simple. Plusieurs auteurs ont cherché des dénominations différentes à travers leurs propres œuvres pour le moment dans lequel nous vivons. Dans *The Discontent of Postmodernity*, Bauman¹²⁸ le dit clairement

¹²⁷ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 132-133.

¹²⁸ Bauman est l'un des penseurs les plus renommés parmi ceux qui ont développé une réflexion sur la postmodernité. Né à Poznań, en Pologne, en 1925, il fuit l'invasion nazie en 1939. À l'âge de 14 ans, il part avec sa famille en Union soviétique. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, il retourne étudier à Varsovie. En 1945, il rejoint les services de renseignement militaire, où il sert pendant trois ans. En 1953, il est expulsé de l'armée polonaise et, un an plus tard, obtient sa maîtrise et commence à enseigner à l'Université de Varsovie. Suite aux purges qui chassent de nombreux communistes polonais d'origine juive, Bauman quitte la Pologne et doit renoncer à sa nationalité polonaise. Il se rend d'abord en Israël pour enseigner à l'Université de Tel-Aviv. En 1971, il accepte une invitation à enseigner la sociologie à l'Université de Leeds. Connue notamment pour sa notion de « modernité liquide », formulée dans les années 1990, Bauman développe une série de concepts autour de cette idée. Ce qu'il qualifie d'« amour liquide », par exemple, est lié au désir d'éprouver de l'affection, mais sans engagement réel. Ainsi, les liens peuvent rester suffisamment fluides pour que la recherche de relations se poursuive, sans qu'il soit nécessaire de réaliser pleinement cette quête. Pour Bauman, ces émotions fluides trouvent leur origine dans la destruction des forces créatrices par le capitalisme

lorsqu'il déclare que « notre 'moderne tardive' (Giddens), 'moderne réflexif' (Beck), 'surmoderne' (Balandier), ou – comme je préfère l'appeler – *la société postmoderne* est marquée par le discrédit, la dérision ou le simple fait de renoncer à de nombreuses ambitions [...] caractéristiques de l'ère moderne ». En fait, dans cet ouvrage, Bauman n'utilise pas l'expression qu'il consacrera plus tard, la « modernité liquide ». Cependant, il est intéressant de noter que, même en utilisant l'expression « postmodernité », l'auteur ne dresse pas, à ce moment, l'image d'une rupture, mais plutôt d'une continuité associée à un haut degré de désenchantement : « Parmi ces rêves modernes abandonnés et désespérés, il y a la perspective de supprimer les inégalités générées par la société, de garantir à chaque individu humain une possibilité égale d'accès à tout ce que la société peut offrir de bon et de désirable ». Il conclut également en disant que, comme aux premiers stades de la modernité, « nous vivons dans une société de plus en plus polarisée ».¹²⁹

En fait, Bauman comprend que, si le malaise de la modernité provient d'une sorte de sécurité qui tolère trop peu de liberté dans la poursuite du bonheur individuel, le malaise de la postmodernité vient d'une sorte de liberté de rechercher le plaisir qui tolère trop peu de sécurité individuelle. Aujourd'hui, la liberté individuelle règne en maître. C'est la valeur par laquelle toutes les autres valeurs ont été évaluées et le point de repère par lequel la sagesse de toutes les normes et résolutions collectives doit être mesurée. Cependant, « vous avez besoin de plus que ce qui vous manque le plus. Les splendeurs de la liberté sont à leur apogée lorsque la liberté est sacrifiée sur l'autel de la sécurité. Quand c'est au tour de la sécurité d'être sacrifiée dans le temple de la liberté individuelle, cela vole beaucoup de l'éclat de l'ancienne victime ».¹³⁰

et le consumérisme comme guide du comportement social. La peur et l'insécurité sont des thèmes précieux de la sociologie de Bauman. Dans *Liquid Times*, il soutient que la désintégration de la solidarité, minée par les relations éphémères de la postmodernité, expose l'humanité à ses peurs les plus profondes. Dans *Liquid Fear*, Bauman dresse un bilan concret des peurs modernes, montrant que les certitudes d'une modernité solide ont disparu et, avec elles, l'utopie du contrôle des mondes social, économique et naturel s'est effondrée. Bauman a développé une critique de thèmes divers, tels que la culture transformée en marchandise, l'instrumentalisation croissante du consumérisme et l'inadéquation des modèles éducatifs établis, sur un spectre allant du global, comme les effets de la crise financière de 2008, à l'introspection personnelle. Dans *Wasted Lives*, il cherche à retrouver une perspective humaniste sur le social, en analysant la réalité des nombreux êtres humains privés de moyens de survie dans leurs lieux d'origine qui errent aujourd'hui dans le monde. Bauman est convaincu que cette population hors-la-loi ne sera jamais intégrée au système productif et ne maintiendra aucune relation stable, conséquence inévitable de la modernisation, effet secondaire du nouvel ordre et du progrès économique. Dans son dernier livre, *Strangers at our door*, il aborde la peur suscitée par la migration et le processus de déshumanisation des migrants. Il montre également comment les politiciens ont exploité les peurs et les angoisses généralisées, en particulier chez ceux qui ont déjà beaucoup perdu en raison des processus d'exclusion qui prévalent dans le modèle économique actuel de la plupart des pays.

¹²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998, p. 195.

¹³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998, p. 9-10.

Le penseur polonais souligne que la politique postmoderne, visant à créer une communauté politique viable, doit être guidée par le triple principe de la liberté, de la différence et de la solidarité, la solidarité étant la condition nécessaire et la contribution collective essentielle au bien-être de la liberté et de la différence. Dans le monde postmoderne, les deux premiers éléments mentionnés ont de nombreux alliés, notamment lorsqu'il s'agit d'établir des pressions de « déréglementation » et de « privatisation » des marchés mondialisés en pleine croissance. Cependant, il est peu probable que la condition postmoderne produise, au moins sans intervention politique, la solidarité. Mais sans solidarité, aucune liberté n'est assurée, tandis que les différences – et le type de « politique identitaire » qu'elles ont tendance à encourager – finissent souvent par ne faire qu'internationaliser l'oppression : « Il est trop facile d'abuser du principe de solidarité. Il n'est pas facile, et peut-être impossible, de dire avec certitude où s'arrête l'exigence de solidarité avec la différence et où commence la connivence avec l'oppression ».¹³¹

Dans *Liquid Modernity*, Bauman affirme que l'on trouve parfois des opinions selon lesquelles « la société contemporaine (qui apparaît sous le nom de dernière société moderne ou postmoderne, la société de la 'seconde modernité' d'Ulrich Beck ou, comme je préfère l'appeler, la 'société de la modernité fluide') est inhospitalière à la critique »¹³². Une fois de plus, l'auteur polonais parle des différentes façons de nommer le moment dans lequel nous vivons. Mais ici, il fait une référence spéciale à la fin apparente des grands projets de transformation sociale. En fait, la fluidité serait beaucoup plus dans les sous-systèmes qui composent l'ordre social, alors que cet ordre lui-même serait rigide au point de rendre toute autre possibilité irréalisable. Si, à d'autres moments historiques, des alternatives ont été construites et présentées – généralement d'un modèle révolutionnaire – aujourd'hui, les liens mêmes qui rendaient possibles des actions collectives ont perdu la force, la solidité nécessaires pour effectuer tout type de changement systémique :

La tâche de construire un ordre nouveau et meilleur pour remplacer l'ancien ordre défectueux n'est pas à l'ordre du jour aujourd'hui – du moins pas à l'ordre du jour de ce domaine dans lequel l'action politique est censée résider. La « fusion des solides », caractéristique permanente de la modernité, a ainsi acquis un nouveau sens, et, surtout, a été réorientée vers une nouvelle cible, et l'un des principaux effets de cette réorientation a été la dissolution des forces qui auraient pu maintenir la question de l'ordre et du système à l'ordre du jour politique. Les solides qui sont sur le point d'être jetés dans le creuset et ceux qui fondent en ce moment, moment de la

¹³¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998, p. 256.

¹³² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 31.

modernité fluide, sont les liens qui entrelacent les choix individuels dans les projets et les actions collectives – les modèles de communication et de coordination entre les politiques de vie menées individuellement, d'une part, et les actions politiques des collectivités humaines, de l'autre¹³³.

Ainsi, notre société serait une version individualisée et privatisée de la modernité. Par conséquent, la responsabilité du succès ou, surtout, de l'échec repose principalement sur les épaules des individus. Les schémas de dépendance et d'interaction sont maintenant malléables à un degré que les générations précédentes ne pouvaient même pas imaginer. Cependant, comme tous les fluides, ils ne conservent pas leur forme longtemps. Les solides sont façonnés pour toujours, mais le maintien des fluides dans une forme nécessite de l'attention, une vigilance constante et un effort continu. D'autre part, il serait imprudent de nier, voire de sous-estimer, le changement profond que l'avènement de la « modernité fluide » a produit dans la condition humaine : « Le fait que la structure systémique soit lointaine et inaccessible, couplé à l'état fluide et non structuré du scénario immédiat de la politique-vie, change cette condition de manière radicale et nous oblige à repenser les anciens concepts qui entouraient ses récits. » Ces concepts sont actuellement morts-vivants et la question pratique est de savoir si leur résurrection, même sous une nouvelle forme, est possible ou, si ce n'est pas le cas, comment les enterrer correctement¹³⁴.

La modernité liquide aurait donc, comme l'une de ses principales caractéristiques, le désengagement. Le culte même de la liberté de cette société apporte avec lui cette idée. La notion de liberté adoptée est profondément liée à l'absence d'engagement pour une cause, mais aussi à tout type d'arrangement spécifique. Pour Bauman, « la modernité 'solide' était une ère d'engagement mutuel. La modernité 'fluide' est l'époque du désengagement, de la fuite facile et de la poursuite futile. Dans la modernité 'liquide', ce sont les plus insaisissables qui sont aux commandes, ceux qui sont libres de se déplacer imperceptiblement ». La domination elle-même consiste dans la capacité de s'échapper, de se désengager, et dans le droit de décider de la rapidité avec laquelle cela se fera, ainsi que dans la possibilité de priver ceux qui sont du côté dominé de leur capacité de décision, ou du moins de limiter leurs mouvements¹³⁵.

2.2.2 L' hypermodernité

¹³³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 12.

¹³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 14-15.

¹³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 140.

Gilles Lipovetsky est l'un des auteurs les plus connus à utiliser l'expression *hypermodernité*. Selon cet auteur, à partir de la fin des années 1970, la notion de postmodernité est entrée sur la scène intellectuelle avec l'objectif de décrire le nouvel état culturel des sociétés développées et s'est rapidement mobilisée pour désigner, tantôt l'ébranlement des fondements absolus de la rationalité et la faillite des grandes idéologies de l'histoire, tantôt les puissantes dynamiques d'individualisation et de pluralisation de nos sociétés. Par conséquent, l'idée est née qu'il s'agissait d'une société plus diversifiée et moins accablée par des attentes axées sur l'avenir. Aux visions enthousiastes du progrès historique succèdent alors des horizons plus courts, à une temporalité dominée par la précarité et l'éphémère. Mêlée au désastre des constructions volontaristes de l'avenir et au triomphe concomitant des normes de consommation centrées sur la vie du présent, la période postmoderne a marqué l'avènement d'une temporalité sociale inédite marquée par la primauté de l'ici et maintenant¹³⁶.

Le terme « postmoderne » avait donc le mérite de mettre en évidence un changement de chapitre, une transformation profonde du mode de fonctionnement social et culturel des sociétés démocratiques les plus avancées. Cependant, en même temps, cette expression était ambiguë et nébuleuse, car c'était une modernité d'un type nouveau qui se dessinait. Le préfixe « post » dirigeait le regard vers le passé décrété mort, suggérant une disparition, mais sans préciser quel chemin nous prenions, comme s'il s'agissait de préserver une liberté nouvellement conquise suite à la dissolution des cadres sociaux, politiques et idéologiques. Ce que nous voyons aujourd'hui, cependant, révèle une modernité élevée au rang de puissance superlative : « Hypercapitalisme, hyperclasse, hyperpuissance, hyperterrorisme, hyperindividualisme, hypermarché, hypertexte, qu'est-ce qui n'est plus 'hyper' ? » demande Lipovetsky. Le point culminant de l'épilogue a été suivi par la prise de conscience d'une course à la modernisation effrénée, faite de la prolifération de la marchandisation, de la

¹³⁶ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 49. Dans le même sens, Anthony Giddens affirme, à propos du terme « postmodernité », que “outre le sentiment général de vivre dans une période de forte disparité avec le passé, le terme a souvent une ou plusieurs des significations suivantes : nous découvrons que rien ne peut être connu avec certitude, puisque tous les « fondements » préexistants de l'épistémologie se sont révélés sans crédibilité ; que « l'histoire » est dépourvue de téléologie et qu'en conséquence aucune version du « progrès » ne peut être défendue de manière plausible ; et qu'un nouvel agenda social et politique a émergé avec l'importance croissante des préoccupations écologiques et peut-être de nouveaux mouvements sociaux en général”. GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo:UNESP, 1991. p. 52.

dérégulation économique et d'un développement techno-scientifique vertigineux, dont les effets sont aussi prometteurs que dangereux¹³⁷.

Il ne s'agit plus de quitter le monde de la tradition pour accéder à la rationalité moderne, mais de moderniser la modernité elle-même, de rationaliser la rationalisation, c'est-à-dire de détruire définitivement les « archaïsmes » et les routines bureaucratiques, d'en finir avec les résistances institutionnelles et les restrictions protectionnistes. À l'engagement dans la recherche d'un projet pour la société succède un activisme managérial dépourvu de toute grande vision historique. Partout, l'accent est mis sur l'obligation de mouvement, sur l'hyperchangement dépourvu de tout but utopique, dicté par l'exigence d'efficacité et le besoin de survie. Dans l'hypermodernité, il n'y a plus le choix, il n'y a pas d'alternative que d'évoluer et d'accélérer pour ne pas se faire dépasser. Le culte de la modernisation technique l'emportait sur la glorification des fins et des idéaux. Moins l'avenir est prévisible, plus il est nécessaire d'être mobile, flexible, réactif, prêt à changer en permanence. La mythologie de la disruption radicale a été remplacée par la culture du plus vite et toujours plus : plus de rentabilité, plus de performance, plus de flexibilité, plus d'innovation¹³⁸.

Loin de voir la mort de la modernité, nous assistons à sa conclusion, se matérialisant dans le libéralisme mondialisé, dans la marchandisation quasi généralisée des modes de vie et dans une individualisation effrénée. Jusque-là, la modernité fonctionnait encadrée ou entravée par tout un ensemble de contrepoids. Outre le rôle de l'Église, qui maintenait un fort ascendant sur les consciences, « les partis révolutionnaires promettaient une autre société, libérée du capitalisme et de la lutte des classes ; l'idéal de la Nation légitimait le sacrifice suprême des individus ; l'État administrait de nombreuses activités de la vie économique ». Cependant, nous ne sommes plus dans ce monde. La société qui se présente aujourd'hui est une société dans laquelle la modernité ne rencontre plus de résistances organisées et cohérentes. Une seconde modernité est en train de naître, dérégulée et mondialisée, sans adversaires, absolument moderne, essentiellement basée sur trois axiomes constitutifs de la modernité précédente elle-même : le marché, l'efficacité technique et l'individu. Si nous avions une modernité limitée auparavant, c'est le temps de la modernité consommée.¹³⁹

¹³⁷ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 50-51.

¹³⁸ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 55.

¹³⁹ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 52.

Ainsi, plusieurs aspects de notre vie quotidienne témoignent d'une escalade vers les extrêmes. L'amplification des activités financières et les volumes de capitaux en circulation sur la planète, la profusion de biens dans les hypermarchés et *les centres commerciaux* de plus en plus grands, la technologie et ses transformations vertigineuses, les agglomérations urbaines et leurs gigantesques métropoles. Même les spectacles, avec leur hyper-réalisme qui met en scène une transparence totale, démontrent l'exaspération qui a eu lieu, à différents niveaux, dans les rapports sociaux. Cependant, il est probable que dans aucun autre domaine, le phénomène susmentionné n'est aussi évident qu'en ce qui concerne l'aspect numérique. L'échange constant et mondialisé d'informations en temps réel, notamment par le biais d'internet, avec « son déluge de flux numériques : des millions de sites web, des milliards de pages, des trillions de caractères, qui doublent chaque année »¹⁴⁰ donnent la dimension exacte du processus évoqué ici. Il est donc évident que nous n'assistons pas au dépassement de la modernité, mais au contraire à son exacerbation.

Mais Lipovetsky ne nie pas, à juste titre, la postmodernité. Il soutient que nous sommes passés de l'ère « post » à l'ère « hyper ». La postmodernité n'aurait été rien d'autre qu'une étape de transition, une période de courte durée qui ne correspond plus au moment où nous vivons, un moment où le passé refait surface et où les préoccupations pour demain remplacent la mystique du progrès. Le présent devient de plus en plus important en raison du développement des marchés financiers, des techniques d'information électronique et de la morale individualiste. On peut même dire que le centre de gravité temporel de notre société a changé du futur au présent. De toutes parts, la vitesse des opérations et des échanges s'accélère, le temps s'écoule et devient un problème au centre de nouveaux conflits : « Temps choisi, horaires flexibles, temps de loisir, temps pour les jeunes, troisième et quatrième âge : l'hypermodernité a multiplié les temporalités divergentes. » La dérégulation à tous les niveaux correspond à une immense dérégulation et individualisation du temps¹⁴¹.

Il est également intéressant de noter que, malgré les critiques formulées à l'égard du moment dans lequel nous vivons, il y a un certain optimisme dans la vision présentée par Lipovetsky. Il affirme que, bien que les visions relativistes, voire nihilistes, de l'univers hypermoderne soient compréhensibles, les transformations signalées n'ont pas éradiqué tout notre héritage éthico-politique :

¹⁴⁰ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 53.

¹⁴¹ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 56-57.

En témoignent, en particulier, les protestations et engagements éthiques, la nouvelle consécration des droits de l'homme érigeant ceux-ci en centre de gravité idéologique et norme organisatrice omniprésente des actions collectives. Il n'est pas vrai que l'argent et l'efficacité soient devenus les principes et les fins ultimes de tous les rapports sociaux. Comment comprendre, dans ce cas, la valeur reconnue à l'amour et à l'amitié ? Comment expliquer les réactions d'indignation face aux nouvelles formes d'esclavage et de barbarie ? D'où viennent les exigences de moralisation des échanges économiques, des médias et de la vie politique ?¹⁴²

Même si notre époque est le théâtre d'une pluralité conflictuelle de conceptions du bien, elle serait en même temps marquée par une réconciliation sans précédent avec ses fondements humanistes fondamentaux, qui n'auraient jamais joui auparavant d'une légitimité aussi clairement incontestable. Pour le philosophe français, les valeurs et les références de sens ne se sont pas effondrées : l'hypermodernité est une spirale techno-mercantile qui s'ajoute à l'ensemble commun des valeurs humanistes et démocratiques.

Suivant une ligne analogue – au moins en ce qui concerne l'identification des caractéristiques d'une hypermodernité – Giacomo Marramao affirme que la « condition postmoderne » ne se trouve pas dans une relation de rupture, « mais plutôt dans une continuité intime (même si elle est une continuité d'enfant illégitime) avec le moderne : elle n'est rien d'autre que la dérivation de ses prémisses, l'hétérogenèse de ses objectifs de conception ». ¹⁴³

En fait, Marramao soutient que l'identification entre la politique et l'État est une caractéristique spécifique de l'époque moderne et, par conséquent, ne correspond plus à la situation du monde globalisé, dont les profils dominants dessinent une tendance de moins en moins réductible au paradigme centraliste-hiérarchique de la souveraineté. Cependant, cela ne soutient pas les thèses postmodernes, car elles mettent trop l'accent sur l'aspect de la fragmentation et de la dispersion, éclipsant les nouvelles logiques et les nouvelles puissances

¹⁴² LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 97.

¹⁴³ MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização: As Categorias do Tempo*. São Paulo: UNESP, 1995. p 170. L'auteur affirme en outre que « la perte définitive du sens central de ce que les grandes philosophies de l'histoire appelaient le Processus est une conséquence de l'impact rétroactif exercé sur l'histoire-territoire par la découverte du principe d'irréversibilité dans la nature. Le déplacement est caractéristique du temps de l'entropie comme temps du post-progrès : un temps de sacrifice du présent sans compensation, du temps à perdre, un temps de simple soustraction. Il existe ainsi une étroite interdépendance entre le déficit chronique de légitimité des États contemporains et le contre-objectif du projet progressiste : le déclin du futur comme pouvoir symbolique. La « dromomanie » qui afflige les structures institutionnelles et normatives de l'hypermodernité (terme que nous préférons clairement à celui de « postmodernité ») est un symptôme de la difficulté à maintenir vivant le symbolisme social : une conséquence de l'obligation de reproduire le programme de futurisation sans possibilité de recours symboliquement efficace aux mythes du progrès et de la révolution.. Ibidem, p. 170.

de fusion du monde globalisé. Il affirme ainsi que la mondialisation n'est pas un *événement postmoderne*, mais un événement *hypermoderne*. Il est configuré comme un présupposé et une conséquence de la modernité. Le phénomène de la mondialisation auquel nous assistons actuellement, dans son ampleur et sa pertinence indiscutables, constitue le dernier chapitre – et en même temps provisoire – d'une série de mondialisations successives qui ont contrebalancé le processus moderne de civilisation. Son caractère hypermoderne consiste en ce qu'il porte à ses ultimes conséquences un champ de tension qui a traversé les quatre siècles de modernité : la tension entre le principe de mondialité et le principe de territorialité¹⁴⁴.

Nous arrivons ainsi à un point central dans l'analyse du phénomène de la crise de la modernité, ou, plus précisément, dans l'analyse des aspects politiques de la crise de l'État moderne. La dichotomie entre un scénario de relations internationales intenses – se produisant à différents niveaux et nécessaire à la définition du contenu et de la portée, tant en théorie qu'en pratique, de l'État national lui-même – d'une part et une perspective interne centrée sur le modèle étatique, d'autre part, n'est pas un phénomène postmoderne ou hypermoderne, mais un phénomène *moderne*. C'est ainsi que les relations mondiales se sont développées tout au long de la modernité.

Ainsi, l'interprétation selon laquelle nous n'assistons pas actuellement à une transformation du modèle, mais plutôt à un changement d'échelle et, peut-être, d'orientation, est tout à fait cohérente. Un changement d'échelle, car la tension susmentionnée entre le principe de mondialité et celui de territorialité, pour reprendre la nomenclature de Marramao, est plus intense au cours des dernières décennies qu'elle ne l'a été à toute autre période de la modernité. Et un changement d'orientation car, pour la première fois, il est possible de percevoir une tendance à la prééminence des relations internationales sur la politique intérieure des États ou, du moins, une attribution d'un poids égal aux perspectives internationales et nationales.

2.2.3 L'hyper-réalité de la consommation selon Baudrillard

L'une des constructions les plus importantes liées à la logique de l'hypermodernité est réalisée par Jean Baudrillard. En fait, Baudrillard n'utilise pas le terme d'hypermodernité, mais plutôt d'hypperréalité. L'idée d'hypperréalité est directement liée à l'exacerbation de la

¹⁴⁴ MARRAMAO, Giacomo. *Universais em Conflito: Identidade e Diferença na era Global*. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018, p. 110.

modernité, en particulier avec l'un des aspects de la modernité, qui est la consommation. Pour saisir ce concept, il est donc essentiel de comprendre le caractère symbolique de la consommation dans l'œuvre de ce penseur.

2.2.3.1 Le sens de la consommation dans la société d'aujourd'hui

Pour Baudrillard, tout le discours sur la consommation s'articule selon une logique presque mythique, semblable à une nouvelle : un homme, doté de besoins qui le « poussent » vers des objets qui lui « procurent » satisfaction. Cependant, comme l'homme n'est jamais vraiment satisfait, la même histoire se répète indéfiniment. La question fondamentale qui se pose cependant – sauf dans le discours des économistes, où le consommateur reste un individu idéalement libre dans ses calculs rationnels – est celle du conditionnement des besoins. En bref, le problème fondamental du capitalisme contemporain réside dans la contradiction entre la productivité pratiquement illimitée et la nécessité de commercialiser les produits. Il devient vital pour le système à ce stade de contrôler non seulement l'appareil de production, mais aussi la demande des consommateurs. L'effet global se produit par des moyens antérieurs à l'acte de production (recherches, études de marché) ou postérieurs (publicité, conditionnement), pour retirer le pouvoir de décision de l'acheteur et le transférer à l'entreprise, où il peut être manipulé¹⁴⁵.

Il est important de comprendre que, selon Baudrillard, on ne peut pas conclure que les besoins sont le résultat de la production, mais plutôt que le système des besoins est le produit du système de production. Cela signifie que les besoins ne sont pas produits un par un, en relation avec les objets respectifs, mais qu'ils sont générés comme une force de consommation, comme « une disponibilité globale dans le cadre plus large des forces productives ». En ce sens, l'ordre de production ne « capte » pas l'ordre de la jouissance à son profit, il nie cet ordre de la jouissance et le remplace, réorganisant complètement le système des forces productives. Les besoins en tant que système sont radicalement différents de la jouissance et de la satisfaction, puisqu'ils sont produits comme des éléments du système, et non comme la relation d'un individu à un objet. Ces besoins ne signifient rien lorsqu'ils sont considérés individuellement. Il n'y a qu'un seul système de besoins, ou plutôt, les besoins ne sont rien d'autre que la forme avancée de la systématisation rationnelle des forces productives

¹⁴⁵ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation*: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 93-97.

au niveau individuel, dans laquelle la consommation constitue la suite logique de la production¹⁴⁶.

Dans le prolongement idéologique de l'économie politique classique, la consommation apparaît comme une théorie des besoins, des objets et des satisfactions. Dire que les gens achètent quelque chose parce qu'ils en ont besoin, c'est comme dire que le feu brûle parce qu'il fait chaud – ce n'est donc pas une théorie, c'est juste une tautologie. Il est clair qu'aucune théorie de la consommation n'est possible à ce niveau : « l'évidence spontanée, ainsi que la réflexion analytique en termes de besoins, ne produiront jamais plus qu'un reflet consommé de la consommation ». Cette mythologie rationaliste concernant les besoins et les satisfactions est complètement naïve et indéfendable. En dehors du cadre de sa fonction, lorsqu'il est irremplaçable, l'objet peut s'échanger de manière plus ou moins illimitée dans le domaine des connotations, où il prend la valeur d'un signe. Ainsi, une voiture sert d'outil et fonctionne comme un élément de confort, de prestige, au même titre que n'importe quel autre bien. C'est précisément ce dernier domaine qui constitue le domaine de la consommation. Ici, toutes sortes d'autres objets peuvent remplacer le bien acquis en tant qu'élément significatif. Dans la logique des signes, comme dans celle des symboles, les objets ne sont plus liés à une fonction ou à un besoin spécifique, précisément parce qu'ils répondent à quelque chose d'autre, qui est la logique du désir, à laquelle ils servent de champ de sens ouvert et inconscient¹⁴⁷.

Le renouvellement illimité des besoins, qui est inconciliable avec la théorie rationaliste selon laquelle un besoin satisfait crée un état d'équilibre et de résolution des tensions, permet de scruter la nature réelle des besoins liés à la consommation. Si l'on admet que la nécessité n'est jamais tant la nécessité d'un objet spécifique que la « nécessité » de la différence (le désir de sens social), alors il devient compréhensible qu'il ne puisse jamais y avoir de satisfaction complète, et donc pas de concept définitive de nécessité. La consommation est un système qui garantit l'ordonnancement des signes et l'intégration du groupe : c'est donc à la fois un système de valeurs idéologiques et un système de communication¹⁴⁸.

¹⁴⁶ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation*: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 103-104.

¹⁴⁷ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation*: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 106-107.

¹⁴⁸ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation*: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 108-109.

Il ne s'agit pas d'affirmer qu'il n'y a pas de besoins ou qu'il n'y a pas d'utilité intrinsèque à divers biens qui sont des objets de consommation. Il s'agit de reconnaître que la consommation, en tant que concept spécifique de la société contemporaine, ne se limite pas à ces éléments de base. Ce qui marque notre époque sous le signe de la consommation, c'est précisément la réorganisation généralisée de ce niveau fondamental en un système de signes qui est l'un des modes spécifiques, peut-être le plus pertinent, de transition de la nature à la culture à notre époque. La circulation, l'achat, la vente et l'appropriation de biens et d'objets différenciés constituent désormais notre langage, notre code, les moyens par lesquels l'ensemble de la société communique. L'une des preuves les plus convaincantes que le principe et le but de la consommation ne sont pas centrés sur le plaisir est qu'aujourd'hui elle est institutionnalisée non pas comme un droit, mais presque comme un devoir du citoyen. Pour le consommateur, il n'y a pas d'échappatoire à cette « obligation de bonheur », qui équivaut, dans la nouvelle éthique, à la restriction traditionnelle du travail et de la production. Le citoyen moderne doit garantir la mobilisation constante de toutes ses potentialités, de toutes ses capacités de consommation. S'il l'oublie, on lui rappellera avec insistance qu'il n'a pas « le droit de ne pas être heureux ». Par conséquent, il n'est pas vrai que le consommateur est passif – il développe, en fait, une activité continue, car, s'il ne le faisait pas, il courrait le risque de se contenter de ce qu'il a et de devenir antisocial¹⁴⁹.

Il n'est cependant pas difficile de se rendre compte qu'il existe d'intenses contradictions. Dans les périodes précédentes, la société capitaliste a réussi à gérer, bien qu'avec difficulté, un système de valeurs individualistes teintées d'altruisme. La fiction d'une morale altruiste, héritée de la spiritualité chrétienne traditionnelle, a servi à absorber, dans une certaine mesure, l'antagonisme dans les relations sociales. C'est impossible aujourd'hui. Tout comme le « marché libre » a pratiquement disparu au profit du contrôle monopolistique, la morale altruiste traditionnelle ne suffit plus à elle seule à maintenir un minimum d'intégration sociale. Aucune autre idéologie collective n'a été capable de transmettre ces valeurs et, par conséquent, seul l'État est capable de contenir l'exacerbation de l'individualisme. D'où la contradiction profonde entre société civile et politique dans une « société de consommation » : le système est obligé de favoriser de plus en plus d'individualisme au niveau de la consommation, mais en même temps il est obligé de reprocher de plus en plus durement à ce même individualisme. Cela ne peut se faire que par une sorte de « lubrification sociale », par

¹⁴⁹ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation*: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 111-113.

la propagande de la charité et l'apparente valorisation des relations humaines. Même en entrant dans le système de consommation, cette propagande n'est toujours pas suffisante pour l'équilibrer. Par conséquent, la consommation est un élément puissant de contrôle social, par l'atomisation des consommateurs individuels. Cependant, elle a besoin d'un contrôle bureaucratique de plus en plus fort – dans une construction sociale qui est toujours dépeinte, paradoxalement, comme le domaine de la liberté¹⁵⁰.

Outre le problème inhérent au fait que nous avons tout un ensemble de relations sociales fondées sur l'une des manifestations les plus claires de l'individualisme et, en même temps, la nécessité de maintenir la cohésion sociale au sein de ce système symbolique, dans un contexte qui, bien qu'il soit présenté comme le sommet de la liberté, est équilibré dans plusieurs directions, propagande intense et restrictions de toutes sortes, Baudrillard attire également l'attention sur le fait que la liberté tant vantée du consommateur fait partie d'un ensemble de valeurs qui cherche à universaliser une expérience très particulière d'un point de vue historique, qui est celle de la société de consommation :

Tout le discours sur la consommation vise à faire du consommateur l'Homme Universel, l'incarnation générale, idéale et définitive de l'Espèce Humaine, de la consommation les prémices d'une « libération humaine » qui s'accomplirait au lieu de et malgré l'échec de la libération politique et sociale. Mais le consommateur n'a rien d'un être universel : il est lui-même un être politique et social, une force productive - et, à ce titre, il relance des problèmes historiques fondamentaux : ceux de la propriété des moyens de consommation (et non plus des moyens de production), celle de la responsabilité économique (responsabilité quant au contenu de la production), etc. Il y a là virtualité de crises profondes et de contradictions nouvelles¹⁵¹.

De plus, la publicité susmentionnée s'inscrit dans une logique de « production industrielle des différences », qui est une caractéristique essentielle du système de consommation. Auparavant, les différences réelles qui marquaient les individus les transformaient en êtres contradictoires à plusieurs niveaux. Cependant, les différences qui s'établissent aujourd'hui n'opposent plus les individus les uns aux autres ; Au contraire, ils se hiérarchisent et convergent vers des modèles, à partir desquels ils sont subtilement produits et

¹⁵⁰ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 119.

¹⁵¹ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 120-121.

reproduits. Ainsi, se différencier, c'est précisément s'affilier à un modèle, se qualifier par référence à un modèle abstrait, à une figure combinatoire de la mode, et renoncer ainsi à toute différence réelle, à toute singularité, qui ne peut naître que dans des rapports concrets et conflictuels avec les autres et le monde. C'est ainsi que tout le processus de consommation est commandé par la production de modèles artificiellement multipliés, où la tendance monopolistique est la même que celle des autres secteurs productifs. Il y a une concentration monopolistique sur la production des différences. Il est évident que le monopole et la différence sont logiquement incompatibles, et s'ils peuvent être combinés, c'est précisément parce que les différences ne sont pas de vraies différences. Au lieu de marquer l'unicité d'une personne, ils signifient l'obéissance à un code, l'intégration dans une échelle de valeurs¹⁵².

Cependant, la consommation ne tourne pas autour d'un individu avec des besoins personnels indexés par la suite selon une exigence de conformité au sein d'un contexte de groupe. Il y a, dans un premier temps, une logique structurelle de différenciation qui produit des individus comme « personnalisés », c'est-à-dire différents les uns des autres, mais selon des modèles généraux et un code auquel ils se conforment dans l'acte de se singulariser. En d'autres termes, la conformité n'est pas l'homogénéisation consciente du groupe avec l'alignement de chaque individu avec les autres, mais plutôt le fait de partager le même code, de partager les mêmes signaux qui les rendent collectivement différents d'un autre groupe. C'est la différence avec les autres groupes qui établit la parité des membres du groupe. C'est crucial, car cela implique le transfert de toute l'analyse sociologique, en particulier en matière de consommation, de l'étude phénoménale du prestige et du champ superficiel de la dynamique sociale consciente à l'analyse des codes, des relations structurelles, des systèmes de signes, vers une théorie du champ inconscient de la logique sociale. On voit donc que le système ne fonctionne jamais sur des différences réelles entre les individus. Ce qui l'établit en tant que système, c'est précisément le fait qu'il élimine l'essence individuelle de chaque personne pour la remplacer par la forme différentielle, industrialisable et commercialisable. Il supprime toute qualité d'origine pour ne conserver que le motif distinctif et sa production systémique. À ce niveau, les différences ne sont plus exclusives, c'est précisément le partage des différences qui scelle l'intégration du groupe. Il s'agit d'un point fondamental qui définit la consommation non plus comme une pratique fonctionnelle des objets, ni même comme une simple fonction du prestige individuel ou de groupe, mais comme un système de

¹⁵² BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation*: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 125-126.

communication et d'échange, comme un code d'information continuellement émis et réinventé, c'est-à-dire comme langage¹⁵³.

2.2.3.2 Hyperréalité ou simulation

C'est dans l'œuvre *Simulacres et Simulation*¹⁵⁴ que Baudrillard élargira sa critique du sens de la consommation dans la société d'aujourd'hui et développera le concept d'hyperréalité. Pour cet auteur, la consommation aurait atteint une telle dimension qu'elle aurait même perdu son caractère symbolique, non pas par manque de pertinence possible, mais au contraire parce qu'elle occupait l'espace de la réalité elle-même. Ainsi, la relation référentielle avec le réel que la consommation avait comme symbole, comme image, s'est défaite, car celle-ci a remplacé la première, créant une sorte de simulation. Baudrillard commence l'ouvrage susmentionné en citant la nouvelle *De la rigueur de la science*, de Jorge Luis Borges, dans laquelle les cartographes d'un royaume auraient fait une carte si détaillée qu'elle avait exactement la même taille que le territoire qu'il décrivait.

Or, dans notre société, l'abstraction ne serait plus celle de la carte. La simulation ne consisterait plus en un territoire, en un être référentiel, mais plutôt en la génération par des modèles d'un réel sans origine ni réalité : l'« hyperréel ». La carte précéderait donc le territoire. Si l'on devait revenir sur la fable, ce seraient maintenant les vestiges du territoire « qui se décomposent au fil de la carte. C'est le réel, et non la carte, dont les traces persistent ici et là, dans des déserts qui ne sont plus ceux de l'Empire, mais les nôtres. Le désert même du réel ». Mais, pour Baudrillard, la fable, même inversée, ne serait plus utilisable – peut-être ne

¹⁵³ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation*: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 133-134.

¹⁵⁴ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres et simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981. Concernant le terme « simulation », il est important de souligner que Baudrillard a cessé de l'utiliser dans ses écrits ultérieurs, préférant l'expression « réalité intégrale ». À ce sujet, Ludovic Leonelli explique que « le terme simulation a donné lieu à de nombreux contresens : l'idée de mensonge, de tromperie... nombreux sont ceux qui l'ont utilisé pour recycler leur idéologie du dévoilement, leur prétention à éclairer leurs contemporains, à voir le sens caché, le secret des choses, les véritables pouvoirs derrière le pouvoir, etc. C'est pourquoi Baudrillard l'a finalement abandonné. Pendant près de quinze ans, dans la dernière partie de son œuvre, il lui a préféré le terme de "réalité intégrale" : l'acte de concrétiser ce qui était à l'état d'hypothèse, de projet ou de représentation. La réalité intégrale est "la réalité de la réalité simulée" (selon la formule de Jean-François Mattéi), le modèle idéal qui tient lieu de réalité. C'est la réalisation de toutes les potentialités contenues dans la réalité, la réalisation de tout ce qu'elle contient, même les phénomènes les plus contradictoires et les plus opposés, y compris l'illusion et l'imagination. C'est "l'épiphanie de la réalité". » LEONELLI, Ludovic. *Jean Baudrillard e Matrix: désaccord parfait*. In PENOT-LACASSAGNE, Olivier. *Back to Baudrillard*. Paris: CNRS Éditions, 2015, p. 219-220. Dans ce travail, nous préférons maintenir l'usage du terme simulation, en considérant les travaux de Baudrillard, qui ont été les principales références de la recherche.

resterait-il que l'allégorie de l'Empire, puisque « c'est avec le même impérialisme que les simulateurs d'aujourd'hui tentent de faire coïncider le réel avec leurs modèles de simulation ». Il ne s'agit plus de la carte ou du territoire : la différence entre les deux a disparu. Le réel est produit à partir de cellules, de matrices et de mémoires miniaturisées, de modèles de commande, et à partir de là, il peut être reproduit un nombre indéfini de fois. Il n'a plus besoin d'être rationnel, car il n'est plus mesuré par rapport à un idéal ou à une instance négative. Il n'est qu'opérationnel¹⁵⁵.

Pour bien saisir cette idée, il est nécessaire de comprendre la différence entre l'idée de représentation et celle de simulation. La représentation est basée sur le principe d'équivalence, même utopique, entre le signe et la réalité. La simulation, au contraire, part de l'impossibilité de toute équivalence, c'est-à-dire de la négation radicale du signe comme valeur ; Cela part de l'idée du signe comme inversion et fin de toute référence. Alors que la représentation cherche à absorber la simulation, en l'interprétant comme une fausse référence, la simulation englobe l'ensemble de la représentation comme un simulacre. Dans cette logique, l'image aurait quatre phases successives. Dans la première, ce serait le reflet d'une réalité profonde. Dans la seconde, cela cacherait et déformerait une réalité profonde. Dans la troisième, il aurait la capacité de masquer l'absence de réalité et, enfin, dans la quatrième phase, il n'aurait aucune relation avec la réalité, car il constituerait son propre simulacre¹⁵⁶.

L' *image* mentionnée ci-dessus se réfère au caractère symbolique que quelque chose prend au sein de la société. Comme nous l'avons dit plus haut, Baudrillard avait bien indiqué, dans ses travaux précédents, que la consommation avait pris ce caractère dans la société capitaliste, surtout au cours du XXe siècle. Bien que dans *Simulacres et Simulations* , cet auteur travaille beaucoup moins avec le concept de consommation, la construction qu'il a faite nous permet de supposer que l'hyperréel est une conséquence de l'exacerbation de la consommation. Même si la perte de repère qu'elle engendre a eu une conséquence si large qu'elle dépasse tout aspect spécifique de la société.

Diverses manières de masquer cette perte de sens dans les relations humaines et dans le monde lui-même se sont alors développées. Un cas intéressant est celui des parcs à thème, dont le principal exemple est Disneyland. Un tel emplacement serait une démonstration parfaite de toutes sortes de simulacres enchevêtrés. Toutes les valeurs de la société de consommation y sont exaltées à travers la miniaturisation et le dessin animé. Ainsi, la

¹⁵⁵ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 10-11.

¹⁵⁶ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 16-17.

possibilité d'une analyse idéologique de Disneyland se présente : un résumé du mode de vie des États-Unis d'Amérique et, en même temps, une ode à ses habitudes et à ses valeurs. Mais cela cache autre chose, et ce vernis « idéologique » sert de couverture à une simulation de troisième ordre¹⁵⁷ : Disneyland existe pour cacher ce qu'est le pays lui-même. Il est présenté comme imaginaire pour faire croire aux gens que le reste est réel. Ce n'est plus une idéologie, une fausse représentation de la réalité, mais plutôt dissimuler que le réel n'est plus réel et sauver ainsi le principe de réalité. Il s'agit donc d'une machine de dissuasion mise en scène, destinée à régénérer la fiction du réel. D'où la faiblesse de cette imagination et sa dégénérescence infantile. Ce monde veut être enfantin pour faire croire aux gens que les adultes sont ailleurs, dans le monde « réel », et pour « cacher que le vrai enfantillage est partout ». ¹⁵⁸

Bien que Baudrillard s'exprime en ces termes, nous sommes d'accord avec Richard Lane lorsqu'il affirme que nous pouvons interpréter, sur la base de la construction faite par le sociologue français, que Disneyland existe pour « nous convaincre que la rationalité est en dehors des murs de son domaine infantile, et non le fait que la rationalité a été remplacée partout par l'enfantillage ». Lane soutient qu'il serait beaucoup plus facile de considérer Disneyland comme une simulation de second ordre, où les faux châteaux semblent plus réels que les vrais, parce qu'ils incarnent toutes nos notions enfantines sur ce à quoi un château

¹⁵⁷ Selon Baudrillard, « trois ordres de simulacres, parallèles aux mutations de la loi de la valeur, se sont succédé depuis la Renaissance : la contrefaçon est le schéma dominant de l'ère "classique", de la Renaissance à la Révolution industrielle ; la production est le schéma dominant de l'ère industrielle ; la simulation est le schéma dominant de la phase actuelle régie par le code. Le simulacre de premier ordre opère sur la loi naturelle de la valeur, celui de second ordre sur la loi marchande de la valeur, et celui de troisième ordre sur la loi structurale de la valeur. » Dans Baudrillard, Jean. *Le Changement symbolique et la Mort*. Paris : Éditions Gallimard, 1976, p. 77. Toujours sur le même sujet, Richard J. Lane affirme qu'« une simulation de premier ordre serait une simulation dans laquelle la représentation de la réalité (par exemple, un roman, un tableau ou une carte) n'est manifestement que cela : une représentation artificielle. Une simulation de second ordre, en revanche, brouille les frontières entre réalité et représentation. Baudrillard nous renvoie à la fable de Borges « De la rigueur de la science », où « ...les cartographes de l'Empire dessinent une carte si détaillée qu'elle finit par couvrir le territoire avec exactitude... » ; autrement dit, la « carte » et la réalité ne peuvent plus être distinguées, de sorte que la carte est devenue, en un sens, aussi réelle que le réel. Mais la simulation de troisième ordre va au-delà de ces positions ; elle produit un « hyperréel », ou « ...la génération par des modèles d'un réel sans origine ni réalité... ». Par inversion de l'ordre, dans la simulation de troisième ordre, le modèle précède le réel (par exemple, la carte précède le territoire) – mais cela ne signifie pas qu'il y ait brouillage de la définition entre réalité et représentation ; au contraire, il y a une distanciation des deux, de sorte que l'inversion devient sans objet. Baudrillard suggère que l'hyperréalité est produite algorithmiquement (ou par des formules mathématiques), comme la réalité virtuelle du code informatique ; c'est-à-dire détachée des notions de mimésis et de représentation et impliquée, par exemple, dans le monde des formules mathématiques. Le point important et troublant de tout cela est que l'hyperréel n'existe pas dans le domaine du bien et du mal, car il se mesure comme tel en termes de performativité. Dans quelle mesure fonctionne-t-il ou opère-t-il ? In LANE, Richard J. *Jean Baudrillard*. London, Routledge, 2000, p. 86.

¹⁵⁸ No original "[...] et pour cacher que la véritable infanrité est partout" In BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 25-26.

devrait idéalement ressembler, et l'équipement de représentation est si bien caché que la réalité et la représentation se confondent ¹⁵⁹. Cependant, Baudrillard identifie Disneyland comme une simulation de troisième ordre, qui ne peut être comprise que dans l'analyse faite de la « fantaisie » et de la « réalité ».

Il faut souligner que, pour Baudrillard, ce n'est pas le parc à thème qui constitue la simulation de la réalité. La simulation est le monde même que nous comprenons comme « réel ». La véritable utilité de ces parcs – et en même temps, ce qui les rend si attrayants – est que, en ressemblant à une simulation, mais construite de manière évidente et stylisée, ils contribuent à renforcer l'idée que le monde extérieur est réel. En d'autres termes, ils aident, par le parallélisme, dans le processus de construction d'un sens pour quelque chose qui a déjà complètement perdu son sens. Ils aident à donner un sens apparent à l'ensemble social.

Il est important de se rappeler, avec Leonelli, que « Baudrillard n'a jamais dit que la réalité n'existe plus. C'est son principe qui a disparu. La réalité n'est plus différente de ses représentations, la vérité du mensonge, l'homme de son ombre. La crise actuelle est à la fois un effet du réel et le produit d'un discours de crise qui l'anticipe, l'accompagne, la fait exister. Et ce discours est, en fait, la seule réalité sur laquelle les politiciens, les économistes, les médias, les foules peuvent intervenir. Le paradoxe est que ce discours peut générer des enjeux sociaux et des mesures concrètes dont l'efficacité reste incommensurable. La simulation n'est pas une illusion, un voile ou un artefact. C'est notre nouvelle modalité de réalité qui s'oppose à l'ancienne réalité¹⁶⁰.

Dans ce contexte, la seule arme qui reste au pouvoir est de « réinjecter partout le réel et le référentiel, pour nous persuader de la réalité du social, de la gravité de l'économie et des objectifs de production ». Pour ce faire, il utilise préférentiellement le discours de la crise, mais aussi celui du désir, car, dans un monde non référentiel, même la confusion du principe de réalité et du principe de désir est moins dangereuse que l'hyperréalité. De toute façon:

[...] c'est le capital qui, le premier, s'est alimenté au fil de son histoire, de la destruction de tout référentiel, de toute fin humaine, qui a brisé toutes les distinctions idéales du vrai et du faux, du bien et du mal, pour asseoir une loi radicale des équivalences et des échanges, la loi d'airain de son pouvoir. Lui le premier a joué la dissuasion, l'abstraction, la déconnexion, la déterritorialisation, etc., et si c'est lui qui a fomenté la réalité, le principe de réalité, il est aussi le premier

¹⁵⁹ LANE, Richard J. *Jean Baudrillard*. London, Routledge, 2000, p. 89-90.

¹⁶⁰ LEONELLI, Ludovic. *Jean Baudrillard e Matrix: désaccord parfait*. In PENOT-LACASSAGNE, Olivier. *Back to Baudrillard*. Paris: CNRS Éditions, 2015, p. 218-219.

à l'avoir liquidé dans l'extermination de toute valeur d'usage, de toute équivalence réelle, de la production et de la richesse, dans la sensation même que nous avons de l'irréalité des enjeux et de la pure puissance de la manipulation¹⁶¹.

La production caractéristique de notre temps est la production – et la reproduction – du réel. L'autre, la production de valeurs et de marchandises, de l'âge d'or de l'économie politique, a depuis longtemps perdu son sens propre. Ce que notre société cherche, en augmentant de plus en plus sa productivité, c'est à ressusciter le réel. C'est pourquoi cette production très « matérielle » est aujourd'hui hyperréelle, puisqu'elle conserve toutes les caractéristiques, tout le discours de la production traditionnelle, mais n'en est qu'une distorsion multipliée. Ainsi, partout, l'hyperréalité de la simulation se reflète dans la fausse similitude du réel avec lui-même¹⁶².

En sortant du domaine spécifique de la production, nous pouvons percevoir la simulation dans plusieurs autres aspects de la société. On pourrait penser, par exemple, à un attentat à la bombe. S'agirait-il de l'œuvre d'extrémistes de gauche ou d'une provocation de l'extrême droite ? Pourrait-il s'agir aussi d'une création d'un gouvernement du centre pour discréditer tous les extrêmes et renforcer son pouvoir, ou encore d'une mise en scène policière comme une forme de chantage à la sécurité publique ? Pour Baudrillard, tout cela est à la fois vrai, et la recherche de preuves, voire l'objectivité des faits, n'empêche pas ce vertige d'interprétation, puisque nous sommes dans une logique de simulation, qui n'a rien à voir avec une rationalité des faits. La simulation se caractérise par une prolifération de modèles, tous des modèles sur n'importe quel événement minime – les modèles sont là en premier, leur circulation constitue le véritable champ magnétique du fait. Les événements n'ont plus leur propre trajectoire, ils surgissent à l'intersection des modèles, et un seul fait peut être généré par tous les modèles en même temps. Cette anticipation, cette précession est ce qui fait place à toutes les interprétations possibles, même les plus contradictoires, étant « toutes vraies, en ce sens que leur vérité doit être échangée, comme les modèles dont elles sont issues, dans un cycle généralisé ».¹⁶³

Selon Gauthier, la simulation contemporaine, pour Baudrillard, ne réside pas seulement dans l'éradication de l'imaginaire qui permet la mise en œuvre d'un ordre virtuel ; Elle implique aussi l'absence de référents – comme la beauté, la valeur, le sens – dans une

¹⁶¹ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 39-40.

¹⁶² BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 41.

¹⁶³ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 31-32.

société qui a perdu tout rapport à ces données parce qu'elle vit dans « l'utopie réalisée », celle du principe d'équivalence. Cela a été fait grâce à la capacité d'anticipation inhérente au modèle. Le média transmet, par exemple, le scénario de l'abondance, de l'élection ou de la crise six mois à l'avance, par le biais de recherches, de spéculations, de projections libres ou académiques. Le modèle, cette matrice qui régit l'esprit postmoderne (le modèle du changement pour la mode, le modèle de la puissance pour la guerre, etc.), est devenu l'arme de prédilection de la simulation contemporaine. Le référent, qui impliquait le jugement et l'évaluation de ce qui se passe, a été liquidé, et « le modèle, c'est-à-dire la matérialisation d'une image mentale pure, qui ne se matérialise pas, qui est confinée à des effets hyperréels de fascination ou d'indifférence », a été promu. Le modèle s'impose donc à nous avant que tout fait ne se produise réellement.¹⁶⁴

Même si, comme nous l'avons déjà dit, l'analyse de la construction faite par Baudrillard permet d'arriver à la conclusion que la simulation à laquelle il fait référence est une conséquence de l'exacerbation de la consommation, on ne peut ignorer que, dans la plupart des cas, cette identification directe n'est pas faite – en particulier dans *Simulacres et Simulation*. Une fois le référentiel perdu, la simulation est caractérisée et c'est toute la logique sociale qui finit par se transformer. Cela devient clair lorsque nous essayons de comprendre le passage cité ci-dessus en regardant la société d'aujourd'hui. Il n'est pas difficile de voir que le domaine dans lequel, actuellement, la précession des modèles sur les faits est la plus évidente – ce qui permet de considérer comme vraies plusieurs explications sur un même événement, même si elles sont complètement contradictoires – est la politique.

La croissance récente des mouvements populistes d'extrême droite dans plusieurs pays du monde est le reflet de ce phénomène, d'autant plus que cette croissance s'est produite, dans la plupart des pays, par le biais de stratégies de communication basées sur les nouvelles technologies et, en particulier, sur les réseaux sociaux. Bien que, surtout dans certains de ses textes les plus récents, Baudrillard ait suggéré que le développement des technologies de l'information, d'Internet et de tout un ensemble de relations construites de manière virtuelle pourrait créer une nouvelle relation référentielle entre le « réel et le virtuel », nous comprenons que la manière dont les réseaux sociaux se sont développés, en particulier ces dernières années, configurent en fait l'évidence de la perte de repère de la société et de la consolidation de ce que l'auteur français identifie comme la simulation. Au lieu de la construction d'un nouvel ensemble de relations, ce que nous avons vu sur Internet avec la

¹⁶⁴ GAUTHIER, Alain. *Jean Baudrillard: une pensée singulière*. Paris: Éditions Lignes, 2008, p. 66-67.

croissance vertigineuse de la pertinence des réseaux sociaux, c'est la répétition, désormais par des moyens virtuels, du même type de relations complètement fondées sur la logique de la consommation et de plus en plus artificielles.

Il est intéressant de noter, à ce stade, qu'il n'y a pas de rupture entre la logique de consommation et la rationalité politique, puisque la publicité politique se construit aussi dans une ligne très proche de celle du marketing commercial. De plus en plus de candidats sont *vendus* comme des produits et, dans un contexte où les publicités de toutes sortes dominent les interactions virtuelles, les idéologies, les partis politiques et les candidats se présentent également de la manière la plus favorable à la consommation. Il est évident que ce phénomène se produit à travers tous les types de médias, mais les nouvelles technologies ont permis à la publicité d'être ciblée à un niveau jamais imaginé auparavant. Chaque consommateur/électeur reçoit exactement ce qu'il veut, puisque son profil et ses désirs ont déjà été préalablement identifiés grâce à la collecte massive d'informations dans toutes ses interactions virtuelles – des informations qui constituent la principale source de revenus pour de nombreux services offerts sur Internet. Ce n'est pas sans raison que la publicité politique, en particulier celle liée aux groupes d'extrême droite, a suivi la même stratégie de structuration des profils et de ciblage que celle utilisée par les groupes d'affaires pour maximiser la consommation, comme en témoigne le scandale Cambridge Analytica¹⁶⁵ lors des élections américaines de 2016.

C'est l'une des principales caractéristiques de la communication dans le contexte des nouvelles technologies. Le ciblage de la propagande se fait également par la diffusion d'informations de manière beaucoup moins centralisée. Les gens ne s'informent plus en utilisant les grands journaux et les grands réseaux d'information comme moyens préférés. Qu'il s'agisse des caractéristiques d'un produit particulier ou d'informations historiques et philosophiques, en passant par la médecine et le bien-être, de plus en plus de personnes recherchent des informations auprès de personnalités qui produisent du contenu pour Internet. Nous n'avons pas l'intention d'entrer ici dans le débat vide sur la capacité d'Internet à

¹⁶⁵ Scandale impliquant la fuite de données de millions d'utilisateurs de Facebook, qui auraient été utilisées par la société susmentionnée pour profiler les électeurs et optimiser le ciblage de la publicité électorale en faveur du candidat de l'époque, Donald Trump. Certaines informations clés peuvent être trouvées dans le rapport <https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/22/ce-qu-il-faut-savoir-sur-cambridge-analytica-la-societe-au-c-ur-du-scandale-facebook_5274804_4408996.html>, consulté le 16 février 2024. Cette affaire a conduit Meta, la société propriétaire de Facebook, à signer un accord impliquant le paiement de 725 millions de dollars pour mettre fin à un recours collectif qui avait été intenté contre la société, comme indiqué dans le rapport suivant : <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/meta-faz-acordo-de-us-725-milhoes-para-encerrar-caso-sobre-cambridge-analytica/>>, consulté le 16/02/2024.

rassembler ou à séparer les gens, mais le fait est que la proximité *apparente* que de nombreux influenceurs numériques – une nouvelle catégorie professionnelle qui s'est développée avec les réseaux sociaux – ont l'intention d'avoir avec leurs *followers* est quotidiennement utilisée pour vendre toutes sortes de choses, y compris, bien sûr, les marchandises, mais aussi les convictions politiques et certains modes de vie. Ces influenceurs peuvent gagner de véritables fortunes, qui atteignent plus de quatre-vingts millions de dollars en seulement un an, selon un rapport du magazine Forbes¹⁶⁶. Le sous-titre de l'article est révélateur : « Ces stars des médias sociaux transforment les abonnés en fortunes, avec des gains combinés de plus de 700 millions de dollars en un an. » Selon Erin Lanuti, directrice de l'innovation de la société de publicité Omnicom PR Group, interrogée dans le rapport, « les influenceurs jouissent d'une plus grande confiance auprès de leur public que les publicités. Ils peuvent vendre tous leurs produits en quelques minutes, provoquant même une émeute paralysant une grande ville ».

De même, les influenceurs numériques qui produisent du contenu sur la politique ont contribué à convaincre les citoyens sur des questions centrales de la société, telles que le chômage, le pouvoir d'achat, l'immigration et bien d'autres. Au Brésil, une enquête menée par la Chambre des députés et le Sénat fédéral a révélé que Whatsapp est la principale source d'information pour les Brésiliens¹⁶⁷. Selon l'enquête, 79 % des personnes interrogées ont déclaré qu'elles recevaient toujours des nouvelles via le réseau social. La plate-forme compte plus de 136 millions d'utilisateurs au Brésil, étant la plus populaire du pays, avec Facebook. Après Whatsapp, d'autres sources ont été citées, mêlant réseaux sociaux et véhicules traditionnels. Des chaînes de télévision (50 %), la plateforme vidéo Youtube (49 %), Facebook (44 %), des sites d'information (38 %), le réseau social Instagram (30 %) et des stations de radio (22 %) sont apparus. Le journal imprimé a également été mentionné par 8 % des participants à l'enquête et Twitter, par 7 %. Il est donc clair que la presse traditionnelle a perdu beaucoup de son influence. Même si l'on considère qu'une partie de l'information qui circule sur les réseaux sociaux contient des références à des informations publiées par les médias traditionnels, une autre partie très importante est produite – ou, du moins, sélectionnée – par des influenceurs ayant un profil complètement différent de celui-ci.

En fait, de nombreux influenceurs numériques qui concentrent leur production de contenu sur des sujets politiques ne recherchent même pas un profil qui se rapproche de

¹⁶⁶ Reportagem intitulada “Forbes Top Creators 2023: Os 10 influencers que mais faturam no mundo”. Disponível em <<https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/09/forbes-top-creators-2023-os-10-influencers-que-mais-faturam-no-mundo/>>, acesso em 31/01/2024.

¹⁶⁷ Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-12/whatsapp-e-principal-fonte-de-informacao-do-brasileiro-diz-pesquisa>>, acesso em 18/02/2024.

l'objectivité dans les informations divulguées. Il y a même des éléments qui indiquent que plus le contenu produit est radical, plus l'engagement reçu sur les différents réseaux est important et, par conséquent, plus le rendement financier est important. Certaines études ont déjà montré, par exemple, comment le système de recommandation de vidéos de YouTube tend à transformer progressivement les électeurs de la droite modérée en partisans de l'extrême droite¹⁶⁸. Il est à noter que ces contenus impliquent aussi souvent la diffusion de théories du complot, de plus en plus élaborées et éloignées de la réalité. Le meilleur exemple de ce phénomène est peut-être la portée impressionnante du mouvement basé sur un ensemble de théories du complot qui est conventionnellement appelé QAnon. « Q » serait le pseudonyme d'un prétendu agent de haut niveau du gouvernement américain, ayant accès à des informations classifiées, qui publie des messages sur certains forums Internet. Ce mouvement est attribué, par exemple, au fait qu'un quart des Américains croient que les élites du monde sont contrôlées par des groupes de pédophiles et de satanistes. Selon une étude du Public Religion Research Institute, un observatoire de l'évolution de la pensée religieuse aux États-Unis, le soutien aux principales thèses du mouvement QAnon est passé de 14 % à 23 % des Américains en 2023. L'idée que les élites seraient contrôlées par un groupe de pédosatanistes convainc 25 % des personnes qui ont participé à cette étude, contre 15 % en janvier 2021¹⁶⁹.

Un autre exemple capable de démontrer la dynamique de la simulation politique menée à travers les réseaux sociaux est la vague de protestations qui a eu lieu dans plusieurs

¹⁶⁸ À titre d'exemple, on peut citer les études citées dans le rapport du journal Público, dont les conclusions vont dans ce sens : « Une étude présentée cette semaine lors d'une conférence à Barcelone par une équipe de chercheurs de l'École polytechnique de Lausanne (Suisse) et de l'Université fédérale du Minas Gerais (Brésil) suggère que YouTube est un vecteur de radicalisation politique d'extrême droite. Cette conclusion est étayée par l'analyse de plus de 330 000 vidéos publiées sur 349 chaînes et l'analyse mathématique de plus de 72 millions de commentaires. Les chercheurs ont démontré que les utilisateurs de la plateforme, qualifiés de modérés de droite, migrent progressivement et systématiquement vers l'extrême droite, un processus alimenté par le système de recommandation de YouTube. L'équipe a conclu que l'algorithme expose les utilisateurs « modérés » à des contenus de plus en plus extrêmes et que ces vidéos ne sont recommandées qu'après avoir visionné les plus modérées. En d'autres termes, le système est responsable, en tant que vecteur de radicalisation politique. » Cette tendance a été confirmée par des scientifiques de l'Université Harvard (États-Unis) qui ont étudié l'influence de YouTube sur l'élection de Jair Bolsonaro. Bolsonaro à la présidence du Brésil en 2018. Cette étude, qui s'appuie sur des milliers de recommandations YouTube au Brésil, a démontré que le nombre de vidéos d'extrême droite, pro-Bolsonaro et conspirationnistes était disproportionné par rapport aux contenus idéologiquement positionnés à gauche. Disponible sur <<https://www.publico.pt/2020/02/02/tecnologia/noticia/youtube-transforma-moderados-radicaais-1902314>>. Consulté le 18 février 2024. De plus amples informations sur les deux études mentionnées sont disponibles sur <<https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3351095.3372879>> et <<https://cyber.harvard.edu/story/2019-08/how-youtube-radicalized-brazil>>. Consulté le 18 février 2024.

¹⁶⁹ Disponible sur <https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2023/12/01/des-etats-unis-a-la-france-comment-la-societe-s-impregne-de-l-imaginaire-complotiste-de-qanon_6203302_4355770.html>, consulté le 18/02/2024.

villes du Royaume-Uni en août 2024¹⁷⁰. Les manifestations ont fait suite à une attaque au couteau à Southport, dans le nord-ouest de l'Angleterre, au cours de laquelle trois filles, âgées de six à neuf ans, qui participaient à un cours de danse, ont été tuées. Initialement, l'identité du suspect n'a pas été révélée, mais de fausses informations ont rapidement commencé à circuler sur les réseaux sociaux, affirmant qu'il s'agissait d'un immigrant islamique radical arrivé par bateau au Royaume-Uni en tant que réfugié en 2023. Cela a conduit des manifestants anti-immigration de plusieurs endroits à se déplacer vers Southport en réponse, avec une large mobilisation de groupes liés à l'extrême droite. Compte tenu de la grande répercussion du fait, l'identité du suspect a été révélée par les autorités britanniques, qui ont précisé que le fait n'avait aucun lien avec le terrorisme et que l'accusé était né au Royaume-Uni. De plus, non seulement le jeune homme n'était pas musulman, mais il était un membre actif d'une église chrétienne.

La réaction logique à la divulgation de ces informations serait la fin des protestations ou, du moins, leur affaiblissement considérable, puisque celles-ci étaient principalement guidées par l'origine présumée et la motivation religieuse du suspect. Cependant, ce n'est pas ce qui a été vu. Les protestations et les violences des manifestants n'ont cessé de s'intensifier et de se renforcer pendant plusieurs jours, et il a fallu une large mobilisation des autorités britanniques, avec l'arrestation de centaines de personnes, pour les calmer. En réponse, des milliers de manifestants antiracistes se sont rassemblés dans diverses villes d'Angleterre, telles que Londres, Brighton, Southampton, Bristol, Birmingham, Newcastle, entre autres. Bien que ceux-ci aient été pour la plupart pacifiques, il y a eu des cas comme celui de la ville de Bolton, où, lors d'une manifestation anti-immigration devant l'hôtel de ville, environ 300 personnes, la plupart avec le visage couvert de masques noirs ou de cagoules, se sont avancées vers le bâtiment. Ces derniers ont commencé à crier « Allahu Akbar » – une phrase signifiant « Allah est le plus grand » en arabe – lorsqu'ils sont arrivés d'un côté de l'hôtel de ville, où un groupe séparé était rassemblé agitant des drapeaux anglais.

¹⁷⁰ De nombreux reportages ont été réalisés sur ces événements à travers le monde. Les liens suivants renvoient à quelques-uns d'entre eux, produits par différents médias et dans différentes langues, et permettant de décrire, en termes généraux, les caractéristiques des manifestations:
<https://www.lemonde.fr/international/article/2024/08/04/nouvelles-emeutes-au-royaume-uni-les-pires-emeutes-depuis-plus-de-dix-ans_6267217_3210.html> consulté le 02/09/2024;
<https://www.lemonde.fr/pixels/article/2024/08/07/emeutes-au-royaume-uni-sur-les-reseaux-sociaux-l-extreme-droite-attise-la-haine_6270965_4408996.html> consulté le 02/09/2024;
<<https://www.bbc.com/portuguese/articles/c25llg10082o>> consulté le 02/09/2024;
<<https://www.bbc.com/news/articles/cervv8rz8mzo>> consulté le 02/09/2024;
<<https://www.bbc.com/portuguese/articles/cp81me23knko>> consulté le 02/09/2024.

Il ne s'agit pas ici de discuter lequel des divers groupes impliqués dans les faits relatés ci-dessus pourrait être plus ou moins juste, mais plutôt d'attirer l'attention sur l'immense construction, presque complètement fantaisiste, qui a été faite du crime initialement commis. Bien que le suspect soit un chrétien pratiquant né au Royaume-Uni, la simulation politique structurée sur la désinformation et le discours de haine a donné lieu à d'énormes protestations qui, d'une manière déjà complètement déconnectée de la réalité sous-jacente aux faits, ont fourni la réponse d'autres groupes, y compris des musulmans, défendant ce qui serait l'orientation religieuse de l'accusé. En d'autres termes, le réel a complètement perdu de son importance mais, dans une certaine mesure, la construction faite à travers les réseaux sociaux s'est confondue avec le réel, le remplaçant presque entièrement.

Il est donc évident que ce contexte est étroitement lié à la crise de la représentation, qui constitue l'un des aspects centraux de la crise de l'État moderne. De moins en moins de politique est faite sur la base de programmes gouvernementaux cohérents et engagés dans le fonctionnement efficace de l'État, et de plus en plus de politiciens sont élus et gagnent en importance dans leurs pays, défendant des solutions faciles et inefficaces à des problèmes complexes ou même flirtant ouvertement avec les théories du complot. Parallèlement, le processus susmentionné de relativisation de la souveraineté des pays se produit, qui est également directement lié à l'élaboration d'agendas – comme, par exemple, l'internationalisation des droits de l'homme – et à la croissance de la pertinence d'acteurs autrefois secondaires. Ce scénario a permis un développement significatif du pouvoir judiciaire dans plusieurs pays au cours des dernières décennies, comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

3. L'influence des relations de pouvoir sur l'interprétation brésilienne des droits de l'homme

3.1 La greffe des concepts comme forme de légitimation

Marc Bloch, l'un des historiens les plus éminents du XX^e siècle, a soutenu que l'ignorance du passé ne se limite pas à entraver la compréhension du présent, puisqu'elle

compromet, dans le temps présent, l'action elle-même¹⁷¹. Nous vous prions donc de nous excuser d'invoquer à nouveau quelques leçons historiques pour comprendre les phénomènes qui se produisent actuellement au Brésil, en les plaçant dans une perspective qui analyse, même brièvement, les conditions d'émergence et de développement des idées et les conditions matérielles qui leur ont donné naissance.

Afin d'établir correctement le lien entre l'activisme judiciaire et le garantisme pénal non seulement avec la crise de l'État moderne – même si, dans notre pays, ces phénomènes se présentent de manière très particulière – mais aussi avec le contexte brésilien lui-même, il est nécessaire de retracer un bref historique de certaines théories et, en général, de certains concepts qui se sont greffés sur notre territoire, mais qui ont ici pris un sens nouveau.

Tout d'abord, cependant, il est nécessaire de souligner qu'il ne s'agit pas de suggérer qu'au Brésil seulement les institutions ou les phénomènes en général ne fonctionnent pas de la manière dont ils ont été idéalisés ou même qu'il n'y a pas, dans d'autres pays, de stratégies de légitimation institutionnelle par la distorsion des concepts. L'un des exemples les plus significatifs à cet égard est le nombre croissant de ce que l'on peut appeler les « démocratures ». Xavier Philippe définit l'expression comme un sophisme qui fait référence aux « caractéristiques de la démocratie pour justifier un régime autoritaire ou dictatorial ».¹⁷² Plus intrigant que le phénomène lui-même, c'est la question posée par l'auteur, à savoir comment la Constitution d'une démocratie peut être utilisée comme justification de la transformation du régime en démocratie. En effet, puisque la Constitution est considérée dans les démocraties comme un instrument de protection du régime, « comment peut-elle inverser ce mouvement et devenir un instrument de justification d'un régime qui lui est contraire ? La légitimation constitutionnelle des démocratures devient une stratégie de conquête et d'autojustification.¹⁷³

Cependant, au Brésil, le problème n'est pas seulement l'utilisation d'éléments justificatifs. C'est toute une tradition de transplantation de concepts et d'institutions dans ce but, comme nous l'analyserons ci-dessous. Il est important de souligner que l'analyse réalisée dans ce chapitre est éminemment historique et sociologique, enquêtant sur les objectifs réels des groupes nationaux qui ont promu l'importation de concepts et de théories sur le territoire brésilien. Il convient également de noter que l'incursion historique actuelle vise précisément à apporter à la présente thèse les éléments minimaux pour que l'on puisse comprendre

¹⁷¹ BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 63.

¹⁷² PHILIPPE, Xavier. *La légitimation constitutionnelle des démocratures*. Pouvoirs, 2019/2 N° 169, 2019. p.34.

¹⁷³ PHILIPPE, Xavier. *La légitimation constitutionnelle des démocratures*. Pouvoirs, 2019/2 N° 169, 2019. p.34.

l'association faite entre l'activisme judiciaire, le garantisme pénal et l'autoritarisme relationnel, en rappelant que la conception de l'activisme adoptée ici est celle donnée par la Critique Herméneutique du Droit. En ce qui concerne le garantisme pénal, la critique qui sera faite dans le dernier chapitre porte sur la *práxis* de celui-ci dans notre pays. En d'autres termes, le caractère autoritaire du garantisme brésilien se révèle par son fonctionnement inadéquat, qui favorise le maintien de l'inégalité et, ainsi, éloigne sa pratique de ses préceptes théoriques.

Il est également vrai que ce ne sont pas les seuls phénomènes juridiques qui ont été transplantés au Brésil et qui ont reçu un nouveau regard ici. Por exemplo, nous pouvons citer le titre de l'un des chapitres de l'ouvrage *Verdade e Consenso*, dans lequel Streck parle de « Les cinq réceptions erronées dans le droit brésilien (Jurisprudence des valeurs ; Pondération alexienne ; l'activisme américain ; néoconstitutionnalisme ; et les méthodes d'interprétation de Savigny) ». Plus précisément, à propos de la pondération d'Alexy, il critique le fait que l'importation des idées du juriste allemand s'est faite sans la moindre attention aux hypothèses logiques qui soutiennent sa théorie : « La chose la plus paradoxale à propos de ce syncrétisme théorique est qu'Alexis élabore sa théorie précisément pour « rationaliser » la pesée des valeurs, alors qu'au Brésil, les hypothèses formelles – rationalisantes – sont pratiquement ignorées »¹⁷⁴. À ce stade, l'inversion logique dont les idées d'Alexis ont souffert au Brésil est déjà claire. Les raisons probables de cette inversion sont présentées immédiatement après, dans les termes suivants :

Il est important de noter qu'au Brésil, les tribunaux, dans l'usage indiscriminé de la théorie d'Alexy, ont transformé la règle de la pondération en principe.. En effet, si dans le format proposé par Alexy, la pondération conduit à la formation d'une règle – qui sera appliquée au cas par subsumption –, les tribunaux brésiliens utilisent ce concept comme s'il s'agissait d'un énoncé performatif, d'une sorte d'alibi théorique capable d'étayer les positions les plus diverses [...]¹⁷⁵.

En d'autres termes, la référence à la pondération d'Alexy donne une apparence de solidité au raisonnement présenté dans les décisions, alors qu'en fait, il n'y a pas eu d'application réelle de ses idées, mais seulement l'utilisation pragmatique de son nom. Étant donné que ce phénomène va bien au-delà de l'environnement juridique et, de plus, a été une

¹⁷⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 172.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

constante tout au long de l'histoire brésilienne, nous analyserons dans ce chapitre certaines des idées qui ont subi ce type de greffe.

Au Brésil, contrairement à ce qui se passe dans la plupart des pays européens, une partie substantielle des institutions qui existent ici ou qui ont existé n'ont pas émergé parmi nous, évoluant progressivement au fil des siècles. Elles ont été prises à d'autres nations. Ce phénomène, évidemment, est assez courant dans les pays colonisés. Les idées qui ont conduit aux transformations qui se sont produites sur notre territoire ont été, pour la plupart, importées de pays économiquement plus développés, sans réelle préoccupation quant à la faisabilité de leur adaptation à la réalité locale.

Tout d'abord, il est nécessaire de souligner que même la transplantation de concepts et d'institutions n'est pas, en soi, nécessairement négative, étant en fait un expédient commun dans tous les contextes coloniaux. Guerreiro Ramos affirme que ces greffes nous ont permis de sauter plusieurs étapes de développement, atteignant l'articulation d'un territoire sur lequel plusieurs tribus étaient réparties à l'âge de pierre avec le plan de l'histoire européenne. La croissance végétative seule ne pourrait pas fournir cette intégration dans un laps de temps aussi court. Ainsi, « la transplantation était un expédient historiquement nécessaire pour que la nation brésilienne devienne possible, en son temps ».¹⁷⁶

L'auteur susmentionné explique que c'est l'indépendance, en 1822, qui a présenté pour la première fois à nos cadres dirigeants le problème de la formation nationale, car les institutions installées ici grâce à la période coloniale avaient un but exploratoire et fiscal clair, et donc un effort de création nationale était nécessaire.

Même si, dans ce contexte, certains ont penché vers la tentative de créer des institutions appropriées aux circonstances particulières de notre pays, le courant qui prêchait l'importation de modèles était plus fort, selon lequel la résolution des problèmes nationaux serait garantie ou dirigée par l'installation, parmi nous, des institutions en vigueur dans les principales puissances de l'époque. Il n'est donc pas étonnant que certains, « comme Salles Torres Homem (le célèbre Timandro du Libelo do Povo), aient prôné la reproduction des institutions françaises ici, tandis que d'autres, comme Tito Franco de Almeida, ont cherché des modèles dans la démocratie anglaise ou américaine ».¹⁷⁷

¹⁷⁶ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 273.

¹⁷⁷ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 275.

La société brésilienne n'a pas pu, tout au long de son développement, échapper à l'influence de la culture des sociétés dominantes de la civilisation occidentale. Ce conditionnement culturel était, sans aucun doute, étroitement lié à l'impérialisme économique, puisque l'une des principales caractéristiques de l'économie brésilienne a été, tout au long de notre histoire, son lien profond avec le marché étranger. Caio Prado Júnior, en parlant de la position brésilienne dans le contexte du capitalisme international, affirme que notre économie est un secteur périphérique de celle-ci, d'où proviennent toutes les impulsions et tous les freins qui commandent son comportement. Pour cette raison, des concepts et toute une terminologie inspirés de la réalité des pays centraux sont utilisés ici, l'un de ses principaux objectifs étant de dissimuler les contradictions du système capitaliste, comme celui qui impose une situation de dépendance et de subordination aux économies périphériques¹⁷⁸.

Au Brésil, les mouvements apparemment réformistes ont presque toujours commencé du haut vers le bas. Ils ne représentaient pas les désirs populaires d'un certain moment de notre évolution historique. Il s'agissait plutôt de réarrangements dans les structures de pouvoir promues par les secteurs dominants de notre société eux-mêmes. En ce sens, Sérgio Buarque de Holanda précise que « Notre indépendance, les conquêtes libérales que nous avons faites au cours de notre évolution politique sont venues presque par surprise ; la grande masse du peuple les reçut avec insouciance ou hostilité.¹⁷⁹

La société brésilienne ne disposant pas d'agendas institutionnels suffisamment dotés d'un contenu coutumier, les groupes et les factions ont été contraints de faire appel aux formules toutes faites, qu'ils ont en fait instrumentalisées en fonction de leurs objectifs :

L'observateur étranger qui examine la trajectoire des idées politiques qui caractérisent les différents moments de nos transformations de classe va découvrir qu'elles sont invariablement empruntées à l'Europe et parfois aux États-Unis. Quelqu'un y a vu un exemple flagrant de « l'esprit d'imitation » du Brésilien. Cependant, d'un point de vue sociologique, ces idées ne peuvent être correctement expliquées qu'au vu de leur fonctionnalité. Les doctrines, dans la lutte partisane au Brésil, ont servi à camoufler les interactions et les objectifs, et la compréhension de leur signification existentielle et pas simplement logique exige de l'analyste qu'il les transcende, en appréciant les liens objectifs de ceux qui les utilisent.¹⁸⁰

Examinons de plus près certains de ces concepts.

3.1.1. Latifundio et domination : la « souveraineté populaire » dans l'Empire et la République

¹⁷⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*, 30^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 262.

¹⁷⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26^a Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

¹⁸⁰ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 75.

Quand, par exemple, notre classe de propriétaires fonciers s'engage dans la lutte pour l'indépendance du pays, elle fait appel aux idées en vogue en Europe, sans toutefois faire converger les conditions matérielles locales et celles qui se présentent sur ce continent. En fait, les législateurs nationaux qui ont rédigé un projet de Constitution en 1823 se sont inspirés des institutions des pays européens. Les principes philosophiques présents dans l'une des œuvres qui ont le plus inspiré les penseurs de la Révolution française de 1789, *Le Contrat social de Rousseau*, ont été largement utilisés. Cependant, ces idées reflétaient, en France, les aspirations du tiers état, notamment de la bourgeoisie, contre les privilèges de la noblesse féodale, une situation diamétralement opposée à celle que l'on trouve dans notre pays, où c'étaient les grands propriétaires ruraux qui se révoltaient contre la bourgeoisie marchande portugaise.

À ce sujet, Caio Prado Junior explique qu'il n'y avait qu'une coïncidence des moyens à utiliser à des fins différentes. Le problème des législateurs brésiliens était la nécessité de remplacer les contraintes politiques et économiques du régime colonial par la structure d'un État national, alors que « les idées centrales des systèmes politiques et philosophiques qui ont guidé la révolution de l'Ancien Monde étaient précisément celles-ci : la liberté économique et la souveraineté nationale. C'est pourquoi les constituants de 1823 les ont adoptés ».¹⁸¹ Il est également important de se rappeler que la plupart de nos intellectuels avaient été diplômés sur la base de la philosophie française du XVIIIe siècle, ce qui mettait en évidence le modèle à adapter.

Ainsi, en l'absence d'un système original, qu'ils n'étaient pas en mesure de produire, nos constituants ont utilisé la production intellectuelle européenne pour légitimer le système politique qui s'y structurait. Il s'agit d'un aspect fondamental à prendre en compte. Même si beaucoup ont fait preuve de naïveté dans la transplantation de modèles prêts à l'emploi de pays développés, une analyse plus approfondie ne laisse aucun doute. Nos élites, à divers moments de l'histoire brésilienne, ont profité d'un arsenal théorique déjà idéologiquement justifié pour défendre leurs propres intérêts, profondément différents de ceux qui sous-tendaient ces théories dans leurs pays d'origine.

Il est important de mentionner, en ce sens, la critique faite par Guerreiro Ramos à Oliveira Viana – un auteur dont l'œuvre sera analysée plus en détail sous le sous-titre faisant

¹⁸¹ PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil: Colônia e Império*. 13^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 53. Il est important de souligner que, comme nous le mentionnerons plus tard, l'Assemblée constituante de 1823 a été dissoute et la Constitution de 1824 a été imposée par la suite.

référence à l'Estado Novo. Il avait déclaré que nos élites avaient cru en l'efficacité immanente des théories et des institutions européennes et nord-américaines, et les avaient transplantées dans notre pays parce qu'elles étaient convaincues de leurs effets positifs, un phénomène qu'il avait appelé « idéalisme utopique ». Cependant, Ramos affirme que :

Il semble, cependant, qu'Oliveira Viana ait vu la moitié de la vérité ici, pas toute la vérité. C'est parce que ce comportement entaché d'idéalisme-utopique était souvent moins le résultat d'une imitation volontaire que d'un expédient pragmatique auquel ils devaient recourir pour rationaliser ou justifier les intérêts et les revendications de groupes et de factions liés à des tendances qui n'étaient pas toujours illégitimes dans la société nationale¹⁸².

Tout au long de notre histoire, des systèmes complexes de préceptes ont été apportés d'autres nations, sans savoir dans quelle mesure ils s'adapteraient aux conditions de la vie brésilienne et sans réfléchir aux changements que la réalité locale leur imposerait.

L'idée même de démocratie fait partie de ce processus. Nous avons importé l'idéal de la souveraineté populaire de nations où le développement matériel et culturel se trouvait à un tout autre niveau. En effet, dans une nation dont l'indépendance venait d'être proclamée et qui avait hérité d'une structure économique et sociale d'une colonie d'exploitation, où, en fin de compte, l'idée de la citoyenneté n'était pas très bien formée, parler de souveraineté populaire était certainement quelque chose qui échappait complètement à la réalité sociale.

Néanmoins, la Constitution de 1824 prévoyait déjà, en matière de partage des pouvoirs, que « toutes ces pouvoirs dans l'Empire du Brésil sont des délégations de la nation ». En outre, il prévoyait l'existence d'élections pour choisir des représentants, bien qu'il ait adopté le suffrage censitaire. En d'autres termes, notre premier texte constitutionnel exprimait déjà l'idée que le pouvoir émane du peuple. Cependant, les raisons qui ont conduit à l'inclusion de telles dispositions dans la *Magna Carta* n'ont rien à voir avec les transformations sociales qui ont motivé la création de tels instituts en Europe. Notons aussi que la pratique politique nationale de l'époque – la violence des élections, les « corrals électoraux », les fraudes – démontre que la participation populaire n'était qu'un élément de légitimation, alors que la population restait soumise aux autorités locales.

Bien que pendant l'Empire¹⁸³ une partie importante de la population ait voté, les électeurs étaient convoqués aux élections par les patrons, les autorités gouvernementales, les juges de paix, les chefs de police, les curés, les commandants de la garde nationale. Selon

¹⁸² RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 79/80.

¹⁸³ La période de l'Empire dans l'histoire du Brésil s'étend de la déclaration d'indépendance en 1822 jusqu'à la proclamation de la République en 1889.

José Murilo de Carvalho, la lutte politique a été intense et violente, car « ce qui était en jeu n'était pas l'exercice d'un droit citoyen, mais le domaine politique local. Le chef politique local ne pouvait pas perdre les élections. La défaite signifiait le discrédit et la perte de contrôle des fonctions publiques.¹⁸⁴ Ces postes pourraient inclure ceux de chefs de police, de percepteurs de revenus et de juges municipaux, entre autres. Il fallait donc mobiliser le plus grand nombre possible de personnes pour remporter les élections.

Il y a aussi eu quelques figures des élections de la période impériale qui méritent d'être soulignées. Les soi-disant « cabalistes » étaient responsables d'inclure autant de partisans de leur patron que possible sur la liste électorale. Comme le suffrage était censitaire, le point fondamental pour l'inclusion de l'électeur était le revenu. Cependant, la loi ne précisait pas comment cela devait être démontré. C'était donc aux cabalistes de prouver que l'électeur potentiel avait les revenus légaux, en payant généralement un témoin pour confirmer sa supposée situation financière. Il y avait aussi des « allumettes ». Ils étaient chargés de se présenter au bureau de vote lorsque l'électeur inscrit ne pouvait pas y assister pour une raison quelconque – y compris parce qu'il était déjà mort – en se faisant passer pour l'électeur. Les bons allumettes pouvaient voter plusieurs fois dans différents endroits, à condition de réussir à convaincre les membres des bureaux de vote. Il y avait aussi les sbires électoraux, responsables de la partie la plus truculente du processus. Sa fonction était de protéger les partisans de ses patrons et, surtout, d'effrayer les électeurs de ses adversaires, en les empêchant d'assister aux élections¹⁸⁵.

Cette situation a conduit Sérgio Buarque de Holanda à affirmer que « la démocratie au Brésil a toujours été un malentendu », car « une aristocratie rurale et semi-féodale l'a importée et a essayé de l'accommoder, dans la mesure du possible, à ses droits ou à ses privilèges, les mêmes privilèges qui avaient été, dans l'Ancien Monde, la cible de la lutte de la bourgeoisie contre les aristocrates ».¹⁸⁶

Il est donc clair que le concept de démocratie a été introduit dans notre pays, où il a acquis des contours totalement différents de ceux qu'il avait à son origine, dans le monde antique ou dans l'Europe moderne. Au cours du second règne, le parti libéral, qui, selon Raimundo Faoro, était « attaché, à sa naissance, à l'idée de souveraineté populaire – un parti plus démocratique que libéral – se purge, après l'expérience de la régence, de ses branches

¹⁸⁴ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 33.

¹⁸⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 34-35.

¹⁸⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26^a Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

républicaines, sans s'écarter de ses origines ».¹⁸⁷ Cependant, l'auteur susmentionné déclare que la souveraineté du peuple, pour ce parti, a commencé à se concentrer sur la défense de l'émancipation de la municipalité et de la province.

Il faut également souligner que ce parti, en théorie engagé dans les idées de démocratie et de souveraineté populaire, avait en réalité une pratique politique que l'on pouvait difficilement qualifier de démocratique, puisqu'elle s'insérait dans un contexte politique où les élections ne représentaient clairement pas la volonté du peuple :

Le système reposait sur des pieds d'argile fragile, tout le monde savait que les élections n'avaient pas grand-chose à voir avec la volonté du peuple. Le typhus électoral, pour reprendre les mots d'un marquis et d'un sénateur, n'est rien d'autre qu'une comédie, où l'oppression des classes misérables de l'intérieur et la violence des autorités portent aux pieds de la couronne des numéros et des noms aussi faux que le geste de déposer le vote des esclaves dans les urnes captives. (...) Ainsi, des élections inauthentiques, des partis formés par des groupes sans racines populaires, autonomes de l'État, la volonté auguste est projetée sur le pays, l'impérialisme, constitutionnellement réfugié dans le pouvoir modérateur, tenace et vivant.¹⁸⁸

La période impériale de l'histoire brésilienne, en particulier l'inter règne connu sous le nom de « Second Règne », est considérée par beaucoup comme une monarchie constitutionnelle. Cependant, le concept de monarchie constitutionnelle a également été subverti dans notre pays. Contrairement à l'idée traditionnelle - forgée dans les pays européens, surtout après la chute des régimes absolutistes - d'un système politique qui reconnaît un monarque comme chef de l'État, mais où il existe une constitution qui limite les pouvoirs de ce monarque, au Brésil - aussi inhabituelle que soit cette idée du point de vue de la science politique - il y avait une constitution, Mais l'empereur était au-dessus de lui. En effet, la Constitution de 1824 prévoyait, dans son article 98, que « Le Pouvoir modérateur est la clé de toute organisation politique, et est délégué à titre privé à l'Empereur, en tant que Chef suprême de la Nation, et son Premier Représentant, de sorte qu'il veille sans cesse au maintien de l'indépendance, de l'équilibre et de l'harmonie des autres Pouvoirs politiques » et ajoutait, aussi, dans son article 99 : « La personne de l'Empereur est inviolable, et sacrée : il n'est soumis à aucune responsabilité ».

Ce modèle de « monarchie constitutionnelle », où il y a préséance du monarque sur la constitution, subvertit complètement la logique de tout modèle constitutionnel, dans un

¹⁸⁷ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 342.

¹⁸⁸ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 342/343.

système où, comme le reconnaît Faoro, « l'empereur, avant que la constitution ne le consacre, était déjà reconnu par la nation et désigné comme son défenseur perpétuel ».¹⁸⁹

L'idée d'une République, dans notre pays, a également suivi la même logique que celle présentée jusqu'à présent. Sur le plan institutionnel, la monarchie n'a pas résisté à la fin de l'esclavage, laissant place à une réorganisation politique de manière républicaine, dirigée d'abord par des chefs militaires de l'Empire et, plus tard, par des chefs patriarcaux. Cependant, dans toute la Première République, il n'y a pas eu de changement substantiel dans la rationalité qui régissait les processus électoraux. Les élections ont continué à être contrôlées par ceux qui dominaient la main-d'œuvre et, par conséquent, l'électorat. C'était une république de grands agriculteurs, dans laquelle le pouvoir économique, aussi bien que le pouvoir politique, étaient exercés par les mêmes employeurs que dans la période précédente. Selon les mots de Darcy Ribeiro, « les anciens barons sont devenus sénateurs et les fils des agriculteurs, diplômés, sont devenus des députés, composant des gouvernements officiellement républicains, mais dans lesquels le seul électeur était le colonel-fermier avec des voix multipliées par le nombre de ses dépendants ».¹⁹⁰

Il n'y avait donc aucune intention dans la proclamation de la République d'élargir la base électorale ou d'inaugurer une participation populaire effective dans le processus de sélection des représentants, même si ses propagandistes, en particulier ceux qui s'inspiraient des idéaux de la Révolution française, affirmaient qu'elle « devrait représenter l'établissement du gouvernement du pays par le peuple, par ses citoyens, sans l'interférence des privilèges monarchiques ».¹⁹¹ La proclamation de la République elle-même était un mouvement mené par un nombre limité d'individus, que beaucoup considéraient comme un autre défilé militaire, comme l'a déclaré Aristides Lobo dans un article publié dans le journal *Diário Popular*, le 18 novembre 1889 : « Le peuple l'a regardé bestialisé, étonné, surpris, sans savoir ce que cela signifiait. Beaucoup ont sérieusement cru qu'ils assistaient à un défilé ».¹⁹²

Holanda va jusqu'à affirmer que l'idéologie impersonnelle du libéralisme démocratique, l'une des sources d'inspiration du mouvement républicain, ne s'est jamais naturalisée dans notre pays et que nous n'avons assimilé effectivement ces principes que dans

¹⁸⁹ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 363.

¹⁹⁰ RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros: Teoria do Brasil*. 10^a Ed. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 105.

¹⁹¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 40.

¹⁹² Le texte intégral de l'article mentionné est disponible à l'adresse électronique <https://imagensehistoria.wordpress.com/tema-1-republica-velha/carta-de-aristides-lobo/>, consulté le 11/02/2023.

la mesure où ils ont coïncidé avec la négation pure et simple d'une autorité inconfortable, confirmant notre horreur instinctive des hiérarchies¹⁹³.

Il faut donc garder à l'esprit la distinction claire entre le libéralisme européen, en tant qu'idéologie révolutionnaire articulée par de nouveaux secteurs émergents et créée dans la lutte contre les privilèges de la noblesse, et le libéralisme brésilien, ajusté pour soutenir les intérêts des oligarchies, des grands propriétaires terriens et du clientélisme lié au monarchisme impérial :

Dans ces pays [l'Angleterre, la France et les États-Unis], le libéralisme était la doctrine politique libératrice qui représentait la montée de la bourgeoisie contre l'absolutisme, devenant conservatrice à mesure que la bourgeoisie s'installait au pouvoir et se sentait menacée par le prolétariat. Au Brésil, le libéralisme exprimerait la nécessité de réorganiser le pouvoir national et la domination des élites agraires, un processus marqué par l'ambiguïté de la jonction des formes libérales sur les structures de contenu oligarchique, c'est-à-dire la dichotomie discordante qui perdurerait tout au long de la tradition républicaine : la rhétorique libérale sous la domination oligarchique, le contenu conservateur sous couvert de formes démocratiques.¹⁹⁴

Le modèle libéral des États-Unis, qui a profondément influencé la Constitution brésilienne de 1891, s'il servait les intérêts des propriétaires terriens ruraux, avait un sens profondément différent de celui qu'il avait en Amérique du Nord. Là-bas, selon Hannah Arendt, la révolution était arrivée avant, c'était dans la nouvelle société égalitaire formée par les colons, puisque « l'état de pauvreté était absent de la scène américaine, mais présent partout dans le monde ». Le souci de l'organisation du pouvoir était plutôt une conséquence de la quasi-absence de hiérarchies sociales¹⁹⁵. Dans notre pays, la situation était complètement différente. Au Brésil, il n'y avait pas eu de révolution préalable : « Malgré l'abolition de l'esclavage, la société était caractérisée par de profondes inégalités et la concentration du pouvoir. Dans ces circonstances, le libéralisme a acquis un caractère de consécration de l'inégalité, de sanction de la loi du plus fort »¹⁹⁶.

Il est très fréquent d'entendre dire que la première période républicaine, par rapport à l'empire, a apporté une diminution du nombre des électeurs. En fait, cette diminution est le résultat de la réforme électorale de 1881. Cependant, il est un fait que le nouveau régime n'a pas apporté de changement substantiel au système électoral alors en vigueur. La Constitution

¹⁹³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26^a Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

¹⁹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75-76.

¹⁹⁵ ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática em coedição com a Universidade de Brasília, 1988, p. 54.

¹⁹⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 25.

républicaine de 1891 supprime l'exigence d'un revenu de 200 mil-réis – ce qui n'est pas très élevé pour l'époque – mais maintient l'exclusion des analphabètes, principal obstacle au vote à l'époque, ainsi que des femmes, des mendiants, des militaires et des membres des ordres religieux, aux termes de l'article 70 du texte constitutionnel précité¹⁹⁷.

De plus, comme nous l'avons dit plus haut, les mêmes pratiques électorales qui existaient dans l'empire ont été maintenues. Selon José Murilo de Carvalho, il n'y a pas eu d'élections propres, car les cabalistes, les hommes de main, les allumettes, etc., ont continué à agir. La somme de ces deux éléments – la diminution du nombre d'électeurs et le maintien de la fraude et de la coercition des électeurs – a conduit l'auteur susmentionné à affirmer que la Première République était très similaire à la république des Bruzundangas, dans l'œuvre de Lima Barreto, où les politiciens pratiques avaient réussi à éliminer presque complètement cet « élément perturbateur – le vote » de l'appareil électoral¹⁹⁸.

3.1.2. Positivisme et production intellectuelle

L'une des théories les plus acceptées au Brésil, en particulier au début de la période républicaine, était le positivisme¹⁹⁹. Il suffit de se rappeler que l'abréviation de l'une de ses devises est estampillée, à ce jour, sur le drapeau national brésilien. Holanda tente d'expliquer le succès de cette matrice théorique parmi nous à travers le reste qui permet à l'esprit les définitions impératives et irrésistibles du système de Comte. Le monde, dans l'imagination des positivistes brésiliens, finirait irrévocablement par les accepter, parce qu'ils étaient rationnels et parce que leur perfection ne pouvait être mise en doute par aucune personne de bon sens.

¹⁹⁷ Article 70 - Sont électeurs les citoyens âgés de plus de 21 ans inscrits conformément à la loi.

§ 1 - Ne peuvent s'inscrire pour voter aux élections fédérales ou régionales :

- 1) les mendiants ;
- 2) les personnes analphabètes ;
- 3) les militaires en formation, à l'exception des étudiants des écoles supérieures militaires ;
- 4) les religieux des ordres, compagnies, congrégations ou communautés monastiques, quelle que soit leur confession, ayant fait vœu d'obéissance, à une règle ou à un statut impliquant la renonciation à la liberté individuelle.

§ 2 - Les citoyens non inscrits ne sont pas éligibles.

¹⁹⁸ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 41-42.

¹⁹⁹ Nous nous référons ici au positivisme en tant que courant philosophique. Les discussions sur le positivisme présentées dans d'autres chapitres de cette thèse se réfèrent au positivisme juridique, qui s'est développé de manière autonome – sans toutefois être totalement déconnecté du positivisme philosophique – en raison de l'importance et de l'influence dont jouissent encore aujourd'hui les courants positivistes en droit.

Le mobilier scientifique légué par Comte suffirait à répondre à des besoins analogues en tout temps et en tout lieu²⁰⁰.

Wolkmer affirme que l'attrait scientificiste du positivisme a émergé comme un discours hégémonique et uniforme, identifié aux intérêts émergents de la bourgeoisie urbaine libérale et aux nouvelles aspirations normatives de la formation socio-économique brésilienne apportées par la République²⁰¹. Holanda, cependant, affirme que l'instinct essentiellement négateur de nos positivistes les a empêchés d'inspirer un sens constructif à nos affaires publiques. Les vertus dont beaucoup d'entre eux faisaient étalage – probité, sincérité, désintérêt personnel – n'étaient pas des forces avec lesquelles lutter contre la majorité des politiciens, plus actifs et moins scrupuleux. L'auteur susmentionné conclut que :

N'y a-t-il pas, sur la base de cette confiance dans le pouvoir miraculeux des idées, une horreur secrète de notre réalité ? Au Brésil, les positivistes ont toujours été paradoxalement négationnistes. Ils n'étaient pas positifs – on peut le dire – dans aucun des sens qu'Auguste Comte attribue à ce mot dans son Discours sur l'esprit positif. Ils vivaient narcotisés par une croyance obstinée en la vérité de leurs principes et en la certitude que l'avenir les jugerait, ainsi que leurs contemporains, selon la conduite qu'ils adoptaient, individuellement et collectivement, à l'égard de ces principes.²⁰²

Dans le même sens, Gilberto Freyre parle de certains des positivistes soi-disant « scientifiques », qui ont influencé la formation de la république au Brésil, tels que Benjamin Constant, Martins Júnior et Pereira Barreto, qui ont presque toujours été lésés par ce qu'il appelait la « délicatesse » dans leur comportement dans la vie publique : « la « délicatesse » qui provenait, peut-être, de leur façon intellectualiste de chercher à faire de la politique ou simplement à l'influencer. De cet intellectualisme résulterait son échec dans la partie la plus grossière de l'activité politique.²⁰³

José Murilo de Carvalho, à son tour, présente une vision plus optimiste de la performance des positivistes brésiliens. Il ne manque pas cependant de souligner les contradictions qui existaient dans le noyau des disciples de Comte au Brésil. La première est l'attraction exercée par le positivisme au Brésil sur l'armée, malgré le fait que, selon les thèses positivistes, un gouvernement militaire serait un recul social²⁰⁴.

²⁰⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26^a Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 158.

²⁰¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130.

²⁰² Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26^a Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 159.

²⁰³ FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso*. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959, p. 25.

²⁰⁴ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 27-28.

En outre, les positivistes orthodoxes, en plus de l'armée, représentaient un secteur spécifique de la classe moyenne, le secteur technico-scientifique, composé de médecins, d'ingénieurs, de mathématiciens, etc. De cette façon, ils avaient plus d'affinités avec le littrérisme – un courant du positiviste Emile Littré – qu'avec le comtisme. Miguel Ramos, l'un des dirigeants des positivistes orthodoxes dans notre pays, a cependant essayé de mobiliser cette « contre-élite » en employant les instruments de la deuxième phase de la pensée de Comte, y compris les pratiques religieuses, parce qu'ils lui semblaient plus appropriés pour former un groupe de militants plus soudés et disciplinés. Comme on pouvait s'y attendre, cette posture a généré plusieurs chocs, conduisant plusieurs membres de la Société positiviste à s'éloigner, parce qu'ils n'acceptaient pas la nouvelle orientation. Parmi eux se trouvaient d'importants dirigeants républicains, tels que Silva Jardim et Benjamin Constant²⁰⁵.

Il est nécessaire de souligner, cependant, que les désaccords ne se limitaient pas à la question religieuse, et que ce n'était même pas l'aspect principal. Le plus gros problème a été de convaincre les adeptes de s'éloigner des emplois gouvernementaux. La position de Comte sur cette question était claire. Il avait affirmé dans l'*Appel aux conservateurs* que, pendant la phase de transition vers une société normale, les positivistes théoriques et pratiques devraient se limiter à une influence consultative, même lorsque des postes de direction étaient offerts. Cependant, dans un pays où la demande d'emplois publics était intense, le déclin des postes de pouvoir était « presque un acte d'héroïsme civique ».²⁰⁶

De cette façon, les vertus citées par Holanda – la probité, la sincérité, le désintérêt personnel – comme caractéristiques de nombreux positivistes, étaient imposées comme un devoir moral à tous les adeptes, ce qui n'était pas, il faut le répéter, bien accepté par la plupart d'entre eux. La raison de ce rejet est claire : le positivisme, comme d'autres courants idéologiques déjà mentionnés, n'était, pour beaucoup de ses sympathisants, qu'une théorie de plus qui servait à justifier certains aspects de notre réalité sociale, voire à expliquer la nécessité de certains changements, mais seulement dans la mesure où elle était intéressante pour ceux qui l'adoptaient. Peu d'entre eux étaient prêts à faire des sacrifices au nom des idéaux exposés, et ceux-ci n'ont jamais eu assez de force politique pour modifier de manière significative le cadre déjà dessiné de nos institutions.

²⁰⁵ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 138.

²⁰⁶ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 139.

Cependant, la greffe d'idées tout au long de notre histoire n'est pas restée seulement au niveau institutionnel. Elle a, en fait, réalisé tout notre développement intellectuel. Bien sûr, à l'époque de l'Indépendance, les sciences étaient à un niveau de développement tout à fait différent de celui d'aujourd'hui. En ce sens, Ramos nous rappelle qu'en 1822, parmi les sciences sociales, seule l'économie avait déjà été créée, et que cette discipline n'était à l'époque rien de plus qu'un système de concepts et de lois des pays européens dans la phase particulière du capitalisme dans laquelle ils se trouvaient. Ce n'est que plus tard que les économistes se sont rendu compte de l'historicité des concepts et des lois économiques. Quant à la sociologie, ce n'est que dans les années 1830 que le mot a émergé et, pourrait-on dire, qu'il a atteint le niveau scientifique ou s'est débarrassé des ethnocentrismes et des résidus idéologiques seulement des décennies plus tard. De plus, nous n'avions pas au Brésil de tradition en matière de production intellectuelle, car nous manquions des conditions matérielles nécessaires à cela.²⁰⁷

Dès 1888, Silvio Romero avait clairement le sentiment que la production intellectuelle brésilienne manquait d'originalité. L'auteur susmentionné a déclaré que la nation brésilienne n'avait pas sa propre forme, une individualité caractéristique, ni politique ni intellectuelle. Toutes nos écoles se sont généralement bornées à commenter les théories produites en Europe, souvent de seconde ou de troisième main. Même nos plus grands talents se limitaient à imiter un modèle étranger²⁰⁸.

Les théoriciens nationaux ont donc suivi la même ligne que nos dirigeants, en important des théories pour tenter d'expliquer la réalité locale. Il y avait donc l'idée que plus l'œuvre produite était en phase avec le discours en vogue en Europe, plus sa qualité était grande et, par conséquent, la capacité de compréhension de l'auteur. Dans cette veine, Guerreiro Ramos rappelle que les sociologues brésiliens ont toujours été prêts à adopter littéralement ce qui était présenté comme le plus avancé dans les centres européens et nord-américains. Ainsi, au fil du temps, notre sociologie s'est transformée au même rythme que les changements qui se sont produits dans les études sociologiques nord-américaines et européennes. L'auteur explique également, en parlant spécifiquement de la discipline sociologique, que le symétrisme et le syncrétisme sont devenus plus clairs depuis que les recueils de sociologie ont commencé à être publiés au Brésil. Dans tous ces cas, les systèmes européens et nord-américains sont juxtaposés, dans l'hypothèse qu'il existe une vérité

²⁰⁷ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 274-275.

²⁰⁸ ROMERO, Sílvio. *História da literatura brasileira*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 40.

sociologique résultant de la « conciliation » des différents courants. Ce processus, en fait, s'est étendu à toute la production culturelle brésilienne, qui a été dominée par l'adaptation des idées européennes²⁰⁹.

En fait, le syncrétisme entre les différentes lignes de pensée transplantées par les intellectuels nationaux est frappant, car ils sont toujours prêts à concilier des doctrines considérées comme incompatibles dans leur propre pays d'origine. En plus de Guerreiro Ramos, Sérgio Buarque de Holanda souligne également ce phénomène en déclarant que :

Il est fréquent, chez les Brésiliens qui se prétendent intellectuels, la facilité avec laquelle ils se nourrissent, en même temps, de doctrines aux nuances les plus diverses et avec lesquelles ils soutiennent en même temps les convictions les plus disparates. Il suffit que de telles doctrines et convictions puissent être imposées à l'imagination par un costume ostentatoire : de belles paroles ou des arguments séduisants. La contradiction qui peut exister entre eux leur semble si peu choquante que certains s'alarmeraient et se révolteraient sincèrement lorsque nous ne trouverions pas légitime leur capacité à les accepter avec le même enthousiasme. Il n'est peut-être pas exagéré de dire que presque tous nos hommes de grand talent sont un peu de cette espèce. (HOLANDA, 2007, p.155)

Il est donc clair que tout au long de l'histoire brésilienne, notre production intellectuelle a été profondément influencée par des modèles étrangers. Il n'y aurait aucun problème à cela si les concepts transplantés étaient repensés ici et adaptés à notre réalité. Mais ce ne fut pas pendant longtemps le procédé de la plupart de nos intellectuels. Dans le choix des théories utilisées, ce qui importait n'était pas la cohérence de l'argument, mais son autorité. Même si les doctrines importées n'ont rien ou presque aidé à comprendre la réalité brésilienne, ou même si toutes les adaptations nécessaires à leur applicabilité à notre société ont été mises de côté, ce qui importait, c'était que la pensée vienne d'un auteur acclamé dans les centres culturels du monde.

3.1.3. Arguments justifiant l'autoritarisme à l'Estado Novo : la « démocratie autoritaire »

Il est nécessaire, à ce stade-ci, d'approfondir un point directement lié à notre histoire constitutionnelle. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la trajectoire de nos textes constitutionnels a déjà commencé avec un repère autoritaire : une constitution octroyée. En ce qui concerne le mouvement qui a conduit à l'octroi de la Charte de 1824, Faoro affirme qu'il y a eu une déconnexion de sa matrice de revendications et, entre la démocratie et la liberté, cette

²⁰⁹ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 38-39

dernière a été choisie : « Le projet cherchera à maintenir l'égalité sans démocratie, le libéralisme en dehors de la souveraineté populaire ».²¹⁰ Notre indépendance a marqué la rupture du lien politique permanent qui existait avec le Portugal et non la fin des structures de domination qui existaient tout au long de la période coloniale. La première constitution brésilienne a réussi, d'une certaine manière, à représenter cette réalité.

Bien que, de toute évidence, il y ait eu des textes plus ouverts avant même la Constitution de 1988, comme les Constitutions de 1934 et de 1946, le fait est que l'autoritarisme a été, tout au long de notre histoire, beaucoup plus présent que toute valeur véritablement démocratique.

L'une des principales manifestations de ce phénomène a précisément été la tentative de légitimer l'autoritarisme dans l'idée même de démocratie, à l'époque de l'Estado Novo, en arguant que ce régime configurerait une « démocratie autoritaire ». Il convient de souligner, d'emblée, que cette expression se retrouve dans plusieurs autres contextes, mais avec un sens très différent. Pierre Rosanvallon, par exemple, en parlant du régime du Second Empire en France, rappelle qu'il fait référence à la construction d'une « démocratie autoritaire, immédiate et polarisée, que l'on appellerait aujourd'hui démocratie 'illibérale' ».²¹¹ En d'autres termes, Rosanvallon utilise l'expression de manière critique – un usage diamétralement opposé à ce qui se faisait à l'époque de l'Estado Novo au Brésil.

De fait, des intellectuels liés à l'Estado Novo ont défini ce régime comme une « démocratie autoritaire », par opposition au modèle en vigueur jusque-là, qu'ils appelaient « démocratie libérale ». De cette façon, les intellectuels susmentionnés n'ont pas nié le caractère centralisateur, autoritaire et nationaliste de l'Estado Novo, mais ont cherché à justifier le régime par la différenciation des concepts de libéralisme et de démocratie, définissant cette dernière sur la base de « principes soi-disant réalistes et adaptés à la réalité nationale ».²¹² D'autre part, le gouvernement serait qualifié de « démocratique » en raison de la garantie des droits du citoyen et de l'appel direct du président à l'opinion publique, par le biais de ses corporations²¹³.

²¹⁰ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 331.

²¹¹ ROSANVALLON, Pierre. *Le siècle du populisme*. Histoire, théorie, critique. Paris: Seuil, 2020, p. 18.

²¹² ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 3.

²¹³ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 8.

Le premier de ces intellectuels à être mentionné est le juriste de l'État du Minas Gerais, Francisco Luís da Silva Campos. Il est responsable de la rédaction de la Constitution de 1937, développant un modèle de constitutionnalisme antilibéral, similaire à ce que l'on peut extraire du *Verfassungslehre* de Schmitt. La Constitution de 1937 avait pour deux de ses caractéristiques fondamentales l'adoption d'instruments juridiques analogues au modèle schmittien et la direction des masses, qui était un élément central dans l'organisation du pouvoir politique. Ce dernier aspect est étroitement lié à la production intellectuelle de Campos dans le domaine de la sociologie, où il a fait une appréciation détaillée de l'avènement de la société de masse. Il a finalement été chargé de traduire les aspirations politiques de Getúlio Vargas en institutions, en définissant les instruments juridiques antilibéraux impliqués dans la construction d'un exécutif fort et centralisateur.²¹⁴

Ainsi, selon Rogerio Dutra dos Santos, Francisco Campos s'est consacré à la construction d'un ensemble d'arguments qui légitimeraient la nouvelle Constitution. Il soutenait que la volonté du peuple est formée de l'excitation constante des passions et, par conséquent, que les institutions politiques libérales ne sont rien d'autre que naïveté et anachronisme. Pour cette raison, son « nouvel État de masse » fonctionnerait en faisant appel au charisme d'un leader. Cependant, le point central de sa démarche est la relation entre le temps et la politique. La critique que le constitutionnalisme antilibéral de Francisco Campos adresse au libéralisme est que le processus de prise de décision parlementaire ne suit pas les dynamiques temporelles contemporaines. La solution indiquée était d'adapter les institutions publiques aux exigences de l'époque par la voie de l'exception.²¹⁵

Le décalage entre la (ou l'absence de) rapidité du processus législatif et les transformations de plus en plus rapides des sociétés contemporaines est un point commun aux travaux menés au cours des dernières décennies dans les domaines de la sociologie, des sciences politiques et même du droit administratif. C'est d'ailleurs l'une des principales justifications du pouvoir normatif des organismes de régulation dans les pays qui les ont institués. En ce sens, Gustavo Binenbojm affirme que « l'augmentation significative du degré de complexité des relations économiques et sociales qui en est venue à exiger l'intervention et

²¹⁴ SANTOS, Rogerio Dutra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, n° 2, p. 281-323, 2007, p. 285.

²¹⁵ SANTOS, Rogerio Dutra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, n° 2, p. 281-323, 2007, p. 318.

l'ordre rapides de l'État ne s'inscrit plus dans la lenteur et la généralité du processus législatif formel ». ²¹⁶

La critique formulée par Francisco Campos dans la première moitié du XXe siècle est donc pertinente. Cependant, il est évident qu'il y avait d'autres alternatives que la concentration du pouvoir entre les mains d'une seule personne – le président de la République – et le choix du modèle politique conçu dans la Constitution de 1937 a beaucoup moins de rapport avec le problème identifié qu'avec la propre vision du monde de l'auteur.

Un autre penseur à ériger une défense de l'Estado Novo était le juriste et sociologue de l'État de Rio de Janeiro, Francisco José de Oliveira Viana. Il s'agit sans aucun doute de l'un des auteurs les plus cités dans les études historiographiques de l'époque au Brésil. Oliveira Viana a compris que toute la formation brésilienne avant l'indépendance n'avait pas préparé le peuple à une expérience démocratique ou libérale. Il a affirmé que dans le modèle productif du Brésil colonial – dont il identifiait également les propriétés comme des fiefs, bien qu'avec des caractéristiques très différentes de celles des fiefs européens – il n'y avait pas d'autorité autre que celle du seigneur de la plantation, et que nos « fiefs » avaient donc un régime clairement autoritaire, contrairement à ce qui s'est passé en Europe, où ils existaient, même à l'époque féodale, des assemblées populaires et des tribunaux de jugement élus par le peuple. Il a donc affirmé que dans les propriétés rurales brésiennes, le régime « était clairement autoritaire ; nullement démocratique dans son organisation, il n'y avait aucune trace de style libéral. C'est pourquoi elle ne pourra jamais être une école, ni d'éducation démocratique, ni de libéralisme pratique – comme les fiefs de l'ancien régime européen ». ²¹⁷

Oliveira Viana a également fait valoir que toute réforme politique ou sociale qui impliquerait « un changement de conduite ou une altération du comportement habituel du peuple » devrait d'abord tenir compte des particularités de ce peuple. Ainsi, « le premier point à éclaircir, à connaître ou à soigner doit être l'examen des conditions culturelles des peuples, l'analyse de leurs traditions vivantes, de leurs usages et coutumes » le succès ou l'échec de la réforme en dépendrait. Viana a également compris que cette déclaration serait vraie « à la fois sous un régime libéral de gouvernement et sous un régime autoritaire – de coercition ». ²¹⁸

²¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador. Março/abril/maio 2008, p. 13.

²¹⁷ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 291.

²¹⁸ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 420.

Il est important de souligner la contradiction dans la pensée d'Oliveira Viana. Cet auteur, qui, comme d'autres de la même époque, soutiendra la possibilité d'une « démocratie autoritaire » au sein de l'Estado Novo, met en évidence – dans les extraits retranscrits ci-dessus – l'opposition entre les idées de démocratie et d'autoritarisme. Il convient de noter qu'il associe le concept de démocratie à celui de libéralisme, ce qui conduit exactement à la grande dualité esquissée dans l'ouvrage *Instituições Políticas Brasileiras* [Institutions politiques brésiliennes], qui est celle entre les deux « techniques » qu'un État peut utiliser pour « opérer un changement de structure ou de mentalité dans un groupe social donné », qui sont la technique libérale et la technique autoritaire.²¹⁹

Qu'il y ait ou non un lien intrinsèque entre les concepts de libéralisme et de démocratie, le fait est que cette association est totalement incompatible avec la possibilité d'une « démocratie autoritaire », surtout lorsque les « techniques » autoritaire et libérale sont placées comme des moyens opposés de permettre des transformations profondes dans une société, comme le fait Oliveira Viana.

Il est important de se rappeler que beaucoup voyaient dans la pensée politique d'Oliveira Viana une sorte d'« autoritarisme instrumental ». En d'autres termes, les institutions de l'État autoritaire, élaborées et justifiées à différents moments dans son travail, sont comprises par de nombreux analystes simplement comme des moyens ou des instruments pour atteindre des objectifs libéraux ou démocratiques. Ces instruments auraient donc un caractère transitoire et devraient être abandonnés après la pleine réalisation des objectifs visés.²²⁰

Cependant, cette interprétation est loin d'être consensuelle. Ricardo Silva, par exemple, comprend qu'il est assez difficile de soutenir la conclusion que la démocratie libérale est la vraie valeur vers laquelle tend la pensée politique d'Oliveira Vianna. Il affirme également qu'accepter cette « contradiction flagrante dans les termes, qu'est la notion de « démocratie autoritaire », étayée de manière presque exemplaire dans la Constitution de 1937, ne nous mènerait probablement pas au-delà des nombreuses limites qui règnent dans les modèles de démocratie libérale ».²²¹

²¹⁹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 421.

²²⁰ SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, n° 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p. 240

²²¹ SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, n° 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p. 266

En ce qui concerne le contenu de ce type de « démocratie » – la démocratie autoritaire – Silva comprend qu'il est possible d'affirmer, sur la base des textes d'Oliveira Viana, qu'elle n'a rien de commun avec le contenu des différentes présentations du modèle démocratique libéral, affirmant que « même si nous devons nous concentrer sur une définition minimaliste et conservatrice des caractéristiques de la démocratie libérale, il serait difficile de ne pas voir sa plus grande perméabilité à la participation populaire », par rapport au modèle proposé par Viana.²²²

Dans le même sens, Rogerio Dutra dos Santos affirme que la « nouvelle démocratie » défendue par le sociologue de l'État de Rio de Janeiro constitue « un déplacement clair de la fonction démocratique, de la représentation politique qui se veut universelle, vers une représentation de classe, c'est-à-dire vers la représentation économique, intéressée, des secteurs productifs ». Il soutient également que cette réduction de l'importance politique du Parlement va dans la direction opposée à celles des régimes démocratiques libéraux, « puisque l'on peut facilement désigner la critique antilibérale de la tradition juridique allemande comme l'origine directe de la position d'Oliveira Vianna ».²²³

Il convient de rappeler, en ce sens, le rejet total par Oliveira Viana de la représentation par le vote ou de toute forme de participation directe de la population à l'administration des affaires publiques. Soutenant ce point de vue, il cite l'exemple du mouvement abolitionniste, qui, selon lui, est l'un des principaux moments de manifestation de la force de l'opinion publique dans notre pays, mais qui s'est déroulé complètement « en dehors de la manifestation des urnes, indépendamment d'eux ». Il conclut ainsi que la démocratie « peut parfaitement être réalisée sans élections et même sans électeurs. Les élections et les électeurs ne sont pas les choses principales dans une démocratie ; Ils sont des moyens pour une fin », cette fin étant la manifestation d'une opinion publique organisée.²²⁴

Il est nécessaire de souligner un autre point de contradiction présenté par le sociologue de l'État de Rio de Janeiro. Il comprend que les élections sont un moyen valable d'exprimer l'opinion publique, niant toutefois leur utilité au Brésil, étant donné qu'il n'y a pas une telle « opinion publique organisée » ici. Cependant, il cite des moments où cette opinion organisée – qui prétend ne pas exister dans notre pays – s'est manifestée, comme dans

²²² SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, n° 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p. 258

²²³ SANTOS, Rogerio Dutra dos. *Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política*. Revista Sequência, n. 61, p. 273-307, dez. 2010, p. 297/299

²²⁴ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 231/232.

l'exemple de l'abolitionnisme, cité ci-dessus. Cependant, si les élections sont un moyen valable d'exprimer l'opinion publique et que cela se manifeste d'autres manières au Brésil, pourquoi, alors, les élections constitueraient-elles quelque chose de négatif dans le contexte politique national ?

Bien sûr, on peut dire que le problème est la *manière* dont les élections brésiliennes se sont déroulées – et, dans une certaine mesure, se déroulent encore. Les cabalistes, les allumettes, les sbires²²⁵ et tant d'autres personnages utilisés pour manipuler le résultat des élections tout au long de notre histoire enlèvent une grande partie de la crédibilité des résultats obtenus aux urnes – en plus, bien sûr, du suffrage censitaire, des « corrals électoraux », etc. Cependant, s'il existe des moyens d'orienter le résultat des processus électoraux, le problème n'est certainement pas dans l'existence même des élections, mais dans les expédients utilisés pour les manipuler. Viser l'élimination des élections en raison des problèmes qui s'y produisent, au lieu de chercher des solutions à ces problèmes, équivaut à vouloir que, lorsque les gens constatent qu'il y a des insuffisances dans l'alimentation de la majorité de la population, ils arrêtent tout simplement de manger.

Oliveira Viana commence la préface de l'ouvrage *O Idealismo da Constituição* [L'idéalisme de la Constitution] en déclarant qu'il y a un vif intérêt « autour de l'ancienne thèse de la « démocratie libérale » et de la nouvelle thèse de la démocratie autoritaire ».²²⁶ Il affirme que, parmi les constructions législatives qu'il croit démocratiques dans notre pays – en mentionnant la Constitution impériale de 1824, la Constitution républicaine de 1891, la Constitution de 1934, le Code de procédure de 1832 et l'Acte additionnel de 1834 – aucune d'entre elles n'a réussi à subsister dans sa « pureté », affirmant que la cause de cet échec est qu'« aucune de ces constructions n'était basée sur des socles de mortier avec l'argile de notre réalité vivante, de notre réalité sociale, de notre réalité nationale ».²²⁷

L'auteur susmentionné pense que cela est dû à « l'idéalisme utopique » susmentionné d'une grande partie de nos intellectuels et même de nos dirigeants. Ceux-ci, cependant, ne seraient qu'apparemment optimistes. Sous « les aspects voyants de la confiance, de l'enthousiasme et de la foi dans le destin de la Patrie » se cacherait le pessimisme, puisqu'ils ne croiront pas à la possibilité de transformer les hommes par l'action de leur propre volonté :

²²⁵ La fonction de chacune de ces figures est expliquée dans le sous-titre faisant référence à la Souveraineté Populaire dans l'Empire et la République.

²²⁶ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 11.

²²⁷ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 14.

« ce sont des fatalistes à leur manière, des fatalistes insoumis, qui ne se résignent pas, comme le musulman, à la fatalité, mais la trompent, la falsifient, la colorent d'idéalités et d'espoirs ». Oliveira Viana conclut que « pendant un siècle, nous avons été comme des fumeurs d'opium, au milieu de races actives, audacieuses et progressistes ».²²⁸

Viana soutient qu'en Europe ou aux États-Unis d'Amérique, « le problème de la démocratie se concentre principalement dans l'organisation du système électoral et la vérité du vote », ce qui, dans ce contexte, aurait fait sens, puisqu'« il y a là une opinion populaire puissante, militante, organisée, sûre de sa force et de ses droits ». Le problème politique par excellence est donc celui du vote, c'est-à-dire celui des formes de manifestation de cette opinion populaire organisée et consciente²²⁹. Cependant, ce n'est pas ce que l'auteur susmentionné trouve dans le contexte brésilien. Ici, la question fondamentale de l'organisation démocratique ne pouvait pas être celle-ci – le vote – mais le problème de l'organisation des sources d'opinion : « Nous devons suppléer par l'action consciente de l'individu et de l'État, et dans la mesure du possible, à ce que notre évolution historique n'a pas encore pu nous donner : structure, organisation, conscience collective. »²³⁰

De cette façon, ce serait dans ce que Viana appelle des « groupes organisés de manière homogène » et pas seulement dans l'opinion des citoyens regroupés en partis – qui seraient configurés comme des groupes d'organisation hétérogène – que se retrouveraient les expressions de la « volonté générale, qui est le fondement des régimes démocratiques », formant ainsi une « nouvelle orientation démocratique ». Ces conceptions, comme le soutient le sociologue, seraient implicites dans la structure politique conçue dans la Constitution de 1937. Ainsi, l'institution du Conseil de l'Économie Nationale, de type professionnel et paritaire, potentiellement doté de pouvoirs législatifs, ainsi que la mise en place de l'organisation corporative de l'économie de production, « ont fait apparaître que la démocratie autoritaire, instituée là (art. 73), cherche ses sources d'opinion, de préférence, dans les sociétés économiques : ce sont le 'peuple', visés à l'article 1er ». Oliveira Viana affirme également que cette conclusion serait confirmée par la dissolution des partis, opérée plus tard par une loi

²²⁸ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 58.

²²⁹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 14.

²³⁰ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 15.

ordinaire qui démontrait la nouvelle politique du régime : « Le sens de la Constitution de 1937 est donc celui de la démocratie social ou, plutôt, de la démocratie des corporations ».²³¹

Il convient de rappeler que l'article 73 de la Constitution de 1937 – qui aurait institué la « démocratie autoritaire » – prévoyait, dans sa rédaction initiale, que « le Président de la République, autorité suprême de l'État, coordonne l'activité des organes représentatifs, à un degré supérieur, dirige la politique intérieure et extérieure, promeut ou oriente la politique législative d'intérêt national et supervise l'administration du pays »²³². Il s'agit d'une démonstration claire de l'un des points les plus pertinents de l'Estado Novo, qui est la centralité de la figure du président de la République. Outre l'aspect justificateur susmentionné, à savoir que l'appel direct du président à l'opinion publique, par le biais des corporations, serait en mesure de qualifier le régime de « démocratique », cet attribut du régime a libéré le président de la « dépendance humiliante » vis-à-vis du Parlement. De cette façon, le rouage le plus important du système « ne serait plus le Parlement, mais le Président de la République, c'est-à-dire l'ancien principe de l'équilibre et de la séparation des pouvoirs, serait remplacé par ce que l'on appelle la primauté de l'exécutif, dans laquelle le Président est l'autorité suprême de l'État ».²³³

C'est l'une des caractéristiques du texte de 1937 qui conduit Luciano Aronne de Abreu à affirmer que la soi-disant *polonaise* est caractérisé, en fait, comme une « non-Constitution ». Il soutient que la Constitution de 1937 « reconnaissait au Président l'autorité suprême de l'État et le plaçait au-dessus d'elle-même, c'est-à-dire qu'elle était véritablement constituée comme une non-Constitution, n'émanant pas d'un pouvoir constituant ni soumise au plébiscite prévu à son article 187 ». Bien qu'on ne puisse pas conclure qu'il ne s'agissait que d'une norme de facto – limitée uniquement par le pouvoir politique qui la maintenait, puisqu'elle constituait un moment important dans l'institutionnalisation du régime – le manque de soutien politique et juridique à la Charte de 1937 est évident, ce qui explique le grand effort d'Oliveira Viana et d'autres intellectuels pour tenter de la justifier et de la légitimer. tant sur le plan politique que juridique.²³⁴

²³¹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 215/216.

²³² Texte disponible sur <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Consulté le 8 juillet 2023.

²³³ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 8

²³⁴ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, n° 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 478

L'une de ces tentatives, qui n'a pas encore été mentionnée, était l'allégation selon laquelle l'Estado Novo valorisait la recherche de la conciliation politique, contrairement à ce qui s'est passé dans les conflits traditionnels entre les différentes oligarchies régionales. Les intellectuels de l'Estado Novo ont ainsi fait valoir que, contrairement à la connotation négative traditionnelle attribuée à l'autoritarisme de l'Estado Novo, il avait « quelque chose de positif et d'approprié à la réalité nationale, en contraste avec ce qu'ils disaient être le caractère exotique du libéralisme, inspiré des modèles européens et nord-américains ».²³⁵

Cependant, en analysant ces déclarations dans le contexte de l'État du Rio Grande do Sul, Abreu affirme que, malgré le discours d'unité nationale du régime et des intellectuels qui lui sont liés, « ce nouveau modèle politique autoritaire n'a pas été en mesure de promouvoir la conciliation, à proprement parler, entre les différents groupes politiques du Rio Grande do Sul, qui sont restés polarisés même pendant les années de l'Estado Novo ». Ainsi, il affirme que les polarisations régionales n'ont pas été surmontées par le régime, ce qui signifie que le drapeau de l'unité nationale n'était fondé, en fait, que sur « une pratique politique de cooptation et de médiation des intérêts des différents groupes politiques, rôle joué par les intervenants fédéraux ».²³⁶

Un autre élément souligné par de nombreux auteurs lié au régime comme étant le « fondement démocratique » de la Constitution de 1937 concerne les plébiscites. Cependant, le recours au plébiscite – cité dans quatre articles – devrait être opéré à l'initiative du Président de la République, constituant toujours une faculté de celui-ci et non une obligation de caractériser la limitation de son pouvoir²³⁷. L'article 5, par exemple, prévoit que les États peuvent être incorporés entre eux, subdivisés ou démembrés pour être annexés à d'autres, ou former de nouveaux États, avec l'assentiment des assemblées législatives respectives, au cours de deux sessions annuelles consécutives et avec l'approbation du Parlement. Dans son seul paragraphe, il est précisé que « La résolution du Parlement peut être soumise par le Président de la République au plébiscite des populations intéressées ». L'article 187 dispose que « la présente Constitution entre en vigueur à la date à laquelle elle est soumise à un plébiscite national selon les modalités fixées par décret du Président de la République ». Cependant, ce décret réglementant la forme et appelant au plébiscite de l'article 187 n'a jamais été publié.

²³⁵ ABREU, Luciano Aronne de. *Estado Novo: Autoritarismo e Conciliação Política*. Justiça & História (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010, p. 2.

²³⁶ ABREU, Luciano Aronne de. *Estado Novo: Autoritarismo e Conciliação Política*. Justiça & História (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010, p. 8-9.

²³⁷ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, n° 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 476

En fait, comme le rappelle Abreu, aucun de ces plébiscites « n'a jamais été convoqué par le Président de la République, faisant toujours usage des prérogatives de son pouvoir personnel susmentionnées que la Constitution elle-même lui avait conférées ».²³⁸ On peut donc voir que les dispositions de la Constitution de 1937 relatives aux plébiscites n'ont fonctionné que comme un élément de légitimation du régime. Il est évident que, dans un modèle politique qui nie la participation populaire par le choix des élus, l'utilisation de la prise de décision par la population par le biais de plébiscites sert à montrer que la population n'a pas été complètement exclue des processus de décision. Cependant, la manière dont ceux-ci ont été insérés dans le texte de 1937 montre clairement qu'aucune forme de participation de la population aux affaires publiques n'était réellement souhaitée.

En d'autres termes, le régime n'avait rien de démocratique. Si l'on se souvient de l'étymologie du mot, un régime démocratique est exactement un régime dans lequel le pouvoir est entre les mains du peuple – puisque le terme *demos* fait référence au peuple et *kratos* signifie pouvoir. Dans l'Estado Novo, non seulement il y avait peu d'hypothèses de participation populaire, mais ces hypothèses étaient, comme indiqué ci-dessus, présentées par le texte constitutionnel comme des facultés du président de la République, qui pouvait ou non convoquer un plébiscite pour résoudre un problème. La seule disposition qui contienne quelque chose d'imposant est celle de l'article 187 qui, malgré cela, laisse au Président le soin de prendre un décret définissant la forme et le moment de la convocation du plébiscite.

Cependant, l'analyse de l'évolution des faits est plus importante que le plan formel. On pourrait faire valoir que le régime ressemblait, à certains égards, à une démocratie, si les appels aux plébiscites avaient été fréquents pendant l'Estado Novo, ce qui indiquait peut-être que – même sous la forme des pouvoirs du Président – les dispositions constitutionnelles finissaient par constituer une véritable obligation. Cependant, la réalité n'aurait pas pu être plus éloignée de ce scénario. Aucun plébiscite n'a été convoqué, pas même le plus important d'entre eux – celui de l'article 187. Cela montre clairement que la « démocratie autoritaire » défendue par les intellectuels liés à l'Estado Novo était, sans aucun doute, autoritaire, mais ce n'était certainement pas une démocratie.

Il est nécessaire de souligner, cependant, que cela ne veut pas dire que le travail de tous les penseurs qui ont apporté une sorte de soutien à l'Estado Novo n'a aucune valeur. Beaucoup d'entre eux ont eu une grande importance dans le développement des sciences

²³⁸ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, n° 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 478

sociales au Brésil. En ce qui concerne surtout la production intellectuelle d'Oliveira Viana, sa notion selon laquelle les institutions d'un pays doivent être compatibles avec la tradition, avec les habitudes culturelles de ce peuple coïncide largement avec la ligne adoptée dans le présent travail. Cependant, voir qu'un penseur qui fait preuve d'une profonde compréhension de certains aspects de notre développement historique et sociologique a adopté une défense ouverte d'un régime autoritaire, tout en étant capable de caractériser ce même régime comme une « démocratie », même en l'absence d'élections ou de toute autre forme régulière de décision prise directement par la population, est quelque chose de tout à fait révélateur.

En fait, cela démontre à quel point l'autoritarisme est ancré dans la conscience des Brésiliens et, en particulier, chez beaucoup de nos intellectuels. Ce phénomène est clair aujourd'hui, quand on voit la facilité avec laquelle les propositions autoritaires se propagent rapidement parmi la population – surtout en temps de crise – associées à une idéalisation évidente de périodes telles que la dictature militaire, l'Estado Novo ou encore l'Empire. Il n'est pas rare de voir la reproduction d'arguments sans aucun fondement historique, comme celui selon lequel il n'y avait pas de corruption pendant la dictature militaire ou que la santé et l'éducation étaient d'excellente qualité à cette époque – alors qu'en fait, l'éducation publique n'était offerte qu'à une petite partie de la population et qu'il n'y avait pas de système de santé publique. Ces arguments sont structurés dans la même veine que la défense de l'Estado Novo faite par ses intellectuels. Face aux problèmes réels générés dans le contexte social, une solution est recherchée sur la base de l'idéalisation – présente ou passée – d'un régime autoritaire, comme s'il n'était pas possible d'améliorer les institutions démocratiques, en les adaptant pour mieux faire face aux difficultés qui surgissent dans tout type de gouvernement.

Cette caractéristique frappante de l'intersubjectivité populaire brésilienne s'explique souvent par l'invocation de la période de temps relativement restreinte que nous avons eue, tout au long de notre histoire, sous les régimes démocratiques. À cela s'ajoute le fait que toutes les grandes questions structurelles de notre pays apparaissent beaucoup plus facilement et plus fréquemment pendant les périodes démocratiques, précisément à cause de la liberté de pensée, d'expression et de la presse, ce qui finit par amener beaucoup à croire que ces problèmes sont liés à la démocratie elle-même et non à des questions beaucoup plus profondes de notre développement historique – qui passent exactement par le peu d'expérience démocratique des Brésiliens.

Il est donc évident que dans la période de l'Estado Novo, le sens de la *démocratie* a été complètement subverti juste pour légitimer le *statu quo*. Comme la démocratie était – et est toujours – un modèle de valeur internationale, une tentative a été faite pour déguiser

l'autoritarisme, qui est la négation même de la démocratie, en démocratie, sans se soucier réellement de la viabilité logique de cette entreprise. Une fois de plus – comme dans les cas déjà expliqués dans les sous-titres précédents – il y a eu l'utilisation d'un concept sans le souci réel que son contenu axiologique soit respecté. Le seul désir était de légitimer un régime qui, une fois de plus, ne cherchait pas à transformer les structures fondamentales de notre société, fondées sur l'autoritarisme et l'inégalité sociale.

La tentative de caractériser l'Estado Novo comme une *démocratie autoritaire* est peut-être le cas le plus symbolique de cette longue tradition, car elle a complètement ignoré le caractère raisonnable dans la recherche de légitimité. D'autre part, il s'agissait d'un régime ouvertement autoritaire, incarnant fidèlement un autoritarisme qui a toujours été représenté dans notre société et continue de l'être à ce jour. Conservant les caractéristiques de notre tradition, l'autoritarisme relationnel et l'inégalité sociale qui lui est liée ne cessent de se réinventer et de trouver de nouvelles formes de légitimation au Brésil. Dans notre contexte judiciaire, les deux principales manifestations de cette tradition aujourd'hui sont l'activisme judiciaire et la manière dont les principes du garantisme pénal sont appliqués.

Cependant, avant d'entrer dans l'analyse de ces phénomènes, il est nécessaire de comprendre comment se développent les relations de pouvoir qui permettent le fonctionnement du pouvoir judiciaire de la manière dont nous l'avons vu au cours des dernières décennies – en particulier au Brésil – et qui permettent un élargissement de son espace d'action associé à la préservation, dans une large mesure, d'une logique qui s'avère souvent autoritaire.

3.2. Le pouvoir relationnel

3.2.1 La notion de pouvoir dans l'œuvre de Foucault²³⁹

²³⁹ Michel Foucault fut l'un des penseurs les plus influents du XXe siècle. Son œuvre, encore largement citée aujourd'hui, est souvent divisée en trois phases. Dans la première, qui s'étend jusqu'aux années 1960, il développe le concept d'archéologie des sciences, analysant des éléments de la philosophie, de la littérature et de la pensée en général. Parmi les ouvrages majeurs de cette période figurent *Histoire de la folie*, *Les Mots et les choses* et *L'Archéologie du savoir*. Dans la deuxième phase, dans les années 1970, Foucault s'intéresse aux formes de subjectivation et de pouvoir, examinant l'évolution des pratiques de punition et de contrôle social à travers la méthode généalogique. Parmi les œuvres notables de cette période, on peut citer *Surveiller et punir* et *La Volonté de savoir* – Premier volume de *l'Histoire de la sexualité*. Enfin, dans la troisième phase, l'auteur se concentre sur les études relatives à l'éthique et à la morale, analysant comment ces dernières, ainsi que le comportement sexuel, ont été régulés à différentes époques. Il convient de souligner, durant cette période, les derniers volumes de *Histoire de la sexualité* : *L'usage des plaisirs* et *Le souci de soi*.

De nombreuses analyses erronées sur le fonctionnement du système judiciaire brésilien sont faites en raison d'une compréhension insuffisante de ce que serait le pouvoir ou, plus précisément, de ce que seraient *les relations de pouvoir*. À ce sujet, il est impératif d'invoquer l'œuvre de Michel Foucault. Foucault développe l'idée d'un pouvoir relationnel,²⁴⁰ mais il ne s'agirait pas d'une espèce ou d'une manifestation du pouvoir, mais de la forme du pouvoir. Ainsi, pour l'auteur susmentionné, « il n'y a pas quelque chose comme le pouvoir, ou du pouvoir qui existerait globalement, massivement ou à l'état diffus, concentré ou distribué : il n'y a de pouvoir qu'exercé par les 'uns' sur les 'autres'; le pouvoir n'existe qu'en acte ». Le pouvoir serait donc un mode d'action des uns sur les autres, même s'il existe, bien sûr, des structures de nature permanente où ces relations se développent²⁴¹.

Nous ne devons donc pas considérer le pouvoir comme un phénomène massif et homogène d'un individu dominant les autres ou d'un groupe dominant les autres, mais plutôt garder à l'esprit que le pouvoir n'est pas quelque chose qui peut être divisé entre ceux qui le détiennent exclusivement et ceux qui ne le possèdent pas et sont donc soumis. Le pouvoir doit être analysé comme quelque chose qui circule, qui fonctionne en chaîne. Il n'est jamais situé ici ou là et n'est même pas entre les mains de quelques-uns. Il n'est jamais approprié comme richesse ou comme bien. Les individus sont toujours en mesure d'exercer ce pouvoir et d'en subir les effets ; Ils ne sont jamais des cibles passives du pouvoir, ils sont toujours des centres de transmission. En d'autres termes, le pouvoir ne s'applique pas aux individus, mais passe à travers eux. Il ne s'agit pas de concevoir l'individu comme une sorte de noyau élémentaire et

²⁴⁰ Il est important de souligner cependant que, selon l'auteur lui-même, la question du pouvoir n'a jamais été au centre de ses recherches. En fait, le passage suivant résume bien le propos : « Je voudrais d'abord préciser quel a été l'objectif de mes travaux ces vingt dernières années. Il ne s'agissait pas d'analyser le phénomène du pouvoir ni de développer les fondements d'une telle analyse. Mon objectif, au contraire, a été de créer une histoire des différentes manières dont, dans notre culture, les êtres humains sont devenus sujets. Mes travaux ont porté sur trois modes d'objectivation qui transforment les êtres humains en sujets. [...] Ainsi, ce n'est pas le pouvoir, mais le sujet, qui constitue le thème général de mes recherches. Il est vrai que je me suis beaucoup penché sur la question du pouvoir. Il me semblait que, si le sujet humain est placé dans des relations de production et de signification, il l'est également dans des relations de pouvoir très complexes. Or, il me semblait que l'histoire et la théorie économique fournissaient un bon instrument pour les relations de production, et que la linguistique et la sémiotique offraient des outils pour étudier les relations de signification ; mais pour les relations de pouvoir, nous ne disposons d'aucun outil de travail. La seule ressource dont nous disposons réside dans des manières de penser le pouvoir fondées sur des modèles juridiques. La question est la suivante : Qu'est-ce qui légitime le pouvoir ? Ou comment penser le pouvoir selon un modèle institutionnel, autrement dit : qu'est-ce que l'État ? Il était donc nécessaire d'élargir les dimensions d'une définition du pouvoir si l'on voulait l'utiliser pour étudier l'objectivation du sujet. in FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 231-232.

²⁴¹ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 242.

inerte que le pouvoir attaquerait, soumettrait ou démembrerait. En fait, ce qui fait qu'un corps, des gestes, des discours et des désirs sont identifiés et constitués en tant qu'individus est l'un des effets premiers du pouvoir. L'individu n'est pas l'autre du pouvoir : il en est l'un des effets primaires. Le pouvoir transite à travers l'individu qui a été constitué par les relations de pouvoir elles-mêmes. L'individu est un effet de pouvoir et simultanément, ou par le fait même d'être un effet, son noyau de diffusion²⁴².

C'est donc une erreur de construire une sorte de déduction du pouvoir qui, à partir du centre, chercherait à voir jusqu'où il s'étend vers le bas, jusqu'à atteindre les éléments fondamentaux de la société. Il s'agit plutôt de mener une analyse du pouvoir de bas en haut, en partant de mécanismes microscopiques qui ont une histoire, puis d'examiner comment ces mécanismes de pouvoir ont été et sont encore utilisés, subjugués et transformés par des mécanismes et des formes de domination mondiale de plus en plus généraux. Ce n'est pas la domination mondiale qui résonne vers le bas. Nous devons analyser la manière dont les phénomènes, les techniques et les procédures du pouvoir agissent aux niveaux inférieurs ; comment ces procédures changent et s'étendent, mais, surtout, comment elles sont attachées à des phénomènes plus globaux. Il faut comprendre, en somme, comment des pouvoirs plus généraux ou des profits économiques peuvent s'intégrer dans le jeu de ces technologies de pouvoir beaucoup plus petites et relativement autonomes²⁴³.

Ce qui définit une relation de pouvoir, c'est un mode d'action qui n'agit pas directement et immédiatement sur les autres, mais qui agit sur leur propre action. Une action sur l'action, sur des actions potentielles, actuelles, futures ou présentes. Une relation de violence agit sur un corps : elle brise, elle ferme toutes les possibilités ; Par conséquent, elle n'a pas d'autre pôle que celui de la passivité. D'autre part, une relation de pouvoir s'articule autour de deux éléments qui sont essentiels pour être précisément une relation de pouvoir : que « l'autre » soit reconnu et maintenu jusqu'au bout comme sujet d'action ; et que face à la relation de pouvoir, tout un champ de réponses et d'effets possibles s'ouvre. Ainsi, les relations de pouvoir ne fonctionnent pas seulement par l'usage de la violence ou l'obtention du consentement. Aucun exercice du pouvoir ne peut se passer de l'un ou de l'autre, souvent les

²⁴² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 284-285.

²⁴³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 285.

deux en même temps. Cependant, ils en sont les instruments ou les effets, ils ne constituent ni le principe ni la nature du pouvoir²⁴⁴.

Lorsque nous définissons l'exercice du pouvoir comme un mode d'action sur les actions d'autrui, nous incluons un élément important : la liberté. Le pouvoir ne s'exerce que sur les « sujets libres » et dans la mesure où ils sont « libres », c'est-à-dire qu'ils ont devant eux un champ des possibles où divers comportements peuvent se produire. Lorsque les conduites sont déterminées, il n'y a pas de relation de pouvoir. Sur ce point, Foucault cite un exemple important de sa ligne interprétative sur ce phénomène. Il soutient que l'esclavage n'est pas une relation de pouvoir lorsque l'esclave est, par exemple, enchaîné, car, dans ce cas, il s'agit d'un rapport physique de coercition. Cependant, il y a une relation de pouvoir lorsqu'il peut se déplacer et finalement s'échapper. Il n'y a donc pas de relation d'exclusion entre le pouvoir et la liberté, mais plutôt un jeu beaucoup plus complexe : dans ce jeu, la liberté apparaît comme une condition de l'existence du pouvoir²⁴⁵.

S'il est vrai qu'au cœur des relations de pouvoir et comme condition permanente de leur existence, il y a une sorte d'« insubordination », il n'y a pas de relation de pouvoir sans résistance. Par conséquent, toute relation de pouvoir implique, au moins virtuellement, une stratégie de confrontation, sans nécessairement se chevaucher ou se confondre. Ils constituent une sorte de limite permanente l'un à l'autre, un point de renversement possible. Une relation conflictuelle trouve son dernier moment avec la victoire de l'un des deux adversaires, lorsque, dans le jeu des réactions antagonistes, des mécanismes stables remplacent ceux par lesquels on peut guider de manière cohérente et tout à fait certaine le comportement des autres. Pour une relation de confrontation, tant qu'il ne s'agit pas d'un combat à mort, l'établissement d'une relation de pouvoir est un point focal, et inversement, pour une relation de pouvoir, la stratégie de confrontation constitue également une limite : celle dans laquelle l'induction calculée du comportement d'autrui ne peut plus aller au-delà de la réponse à sa propre action. En raison de l'impossibilité de l'existence de relations de pouvoir sans points d'insubordination qui, par définition, lui échappent, toute intensification ou expansion des relations de pouvoir pour assujettir ne peut conduire qu'aux limites de l'exercice du pouvoir. Il trouve alors sa limite soit dans un type d'action qui réduit l'autre à l'impuissance totale, soit

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 243.

²⁴⁵ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 244.

dans le renversement de ceux qu'il gouverne et leur transformation en adversaires. En d'autres termes, toute stratégie de confrontation cherche à devenir une relation de pouvoir et toute relation de pouvoir tend à devenir une stratégie gagnante, suivant son propre développement ou lorsqu'elle est confrontée à une forte résistance²⁴⁶.

Il s'agit donc d'une microphysique du pouvoir dirigée par des appareils et des institutions, mais le domaine de son action se situe en quelque sorte entre ces grands mécanismes et les corps eux-mêmes. L'étude de cette microphysique suggère que le pouvoir qu'elle exerce se déroule comme une stratégie, que ses effets dominants ne sont pas liés à l'« appropriation », mais à des opérations, des tactiques et des techniques qui devraient plutôt révéler un réseau de relations, toujours tendues, plutôt qu'un privilège qui peut être maintenu ; Cela devrait être considéré plus comme une bataille perpétuelle que comme une conquête. Il faut donc reconnaître que ce pouvoir existe plus comme une action que comme une possession, qui ne représente pas un « privilège » acquis ou conservé par la classe dominante, mais qui est l'effet global de ses positions stratégiques, effet qui se manifeste et est parfois renforcé par la position de ceux qui sont dominés²⁴⁷.

3.2.2 Le pouvoir dans l'État moderne

Bien que l'aspect principal de l'analyse proposée à ce stade soit la compatibilité des concepts présentés par Foucault avec une étude de la postmodernité, il n'y a aucun moyen de parler du pouvoir dans l'État moderne sans faire quelques commentaires sur la vision hobbesienne du pouvoir. Comme nous le rappelle Teixeira, il existe un consensus relatif dans le sens où Hobbes inaugure la tentative moderne la plus profonde de détacher le concept de pouvoir politique de la légitimation transcendantale du pouvoir divin, en particulier à travers sa distinction entre le pouvoir originel – ou naturel – et le pouvoir instrumental²⁴⁸.

Le pouvoir naturel serait le résultat de caractéristiques physiques ou intellectuelles de chaque individu, telles que la force, la beauté, la prudence, la capacité, l'éloquence. Le pouvoir instrumental, en revanche, serait un ensemble de caractéristiques acquises par l'utilisation du pouvoir naturel ou par le hasard, telles que la richesse, la réputation et l'amitié.

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 248.

²⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*: Naissance de la prison. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.31.

²⁴⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Constitucionalismo transnacional: história, ontologia, epistemologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 134.

Il est intéressant de noter, cependant, que, pour Hobbes, « le plus grand des pouvoirs humains est celui qui est composé des pouvoirs de la majorité des hommes, unis par consentement en une seule personne, naturelle ou civile, qui a l'usage de tous ses pouvoirs en fonction de sa volonté ; C'est le cas du pouvoir d'une république ».²⁴⁹ Bien que les conceptions présentées par Hobbes puissent sembler embryonnaires par rapport aux réflexions d'auteurs plus modernes, elles ont été essentielles au développement de notions fondamentales sur l'État. Nombre des critiques élaborées par des auteurs comme Bourdieu ou Foucault sont donc profondément dépendantes de ces concepts.

La question à se poser serait donc liée à la possibilité d'utiliser les idées de Foucault dans une analyse de la crise de la modernité, dans le cadre d'un débat, comme proposé ici, sur le moment actuel, qui est perçu comme une exacerbation et non comme un dépassement de celle-ci. En fait, si le pouvoir relationnel, chez Foucault, ne concerne pas une manifestation spécifique du pouvoir, mais plutôt sa forme, alors ce concept pourrait être appliqué à des périodes historiques qui n'ont aucun rapport avec la modernité.

Il ne fait aucun doute que les définitions construites par cet auteur à l'égard des relations de pouvoir ne sont pas incarcérées dans une période historique donnée. Cependant, il est également vrai qu'une grande partie de ses recherches concerne essentiellement les institutions modernes. En d'autres termes, on peut dire que l'analyse de Foucault sur la façon dont les relations de pouvoir sont structurés dans la société a pour objet principal ces relations à l'époque de l'État moderne, puisque, à ce moment-là, ils prennent un aspect complètement différent de celui qu'ils avaient jusque-là. Il affirme, en effet, en traçant une relation entre le pouvoir et la vérité, qu'il n'y a pas d'exercice du pouvoir sans une certaine économie des discours de la vérité. Nous serions ainsi soumis par le pouvoir à la production de la vérité et nous ne pourrions l'exercer qu'à travers la production de la vérité, ainsi que que « cela est vrai pour toute société, mais je crois que dans la nôtre les relations entre le pouvoir, la loi et la vérité sont organisées d'une manière spéciale ». En d'autres termes, Foucault n'affirme pas que les rapports de force n'ont les caractéristiques exposées ci-dessus que dans la modernité, mais concentre clairement son analyse sur cette période, affirmant que – en ce qui concerne les rapports entre pouvoir, loi et vérité – pour caractériser leur intensité et leur constance, nous

²⁴⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes: 2003, p. 76.

sommes obligés par le pouvoir de produire la vérité, aussi bien que nous sommes condamnés à confesser la vérité ou à la trouver²⁵⁰.

Ce n'est pas sans raison que l'auteur établit un parallèle entre l'État moderne et les caractéristiques de l'ancien pouvoir pastoral. Il soutient, en effet, qu'il est nécessaire de distinguer deux aspects du pouvoir pastoral, l'un étant l'institutionnalisation ecclésiastique elle-même, qui a perdu de sa force depuis le XVIIIe siècle, et l'autre sa fonction, qui s'est élargie et multipliée en dehors de l'institution ecclésiastique. Il conclut ainsi que « d'une certaine manière, nous pouvons considérer l'État comme la matrice moderne de l'individualisation ou une nouvelle forme de pouvoir pastoral ».²⁵¹

En fait, avant le développement de l'État moderne, les organes laïcs exerçaient un contrôle beaucoup moins étendu sur la vie des individus. L'institution qui cherchait à diriger une immense variété d'aspects de la vie quotidienne des gens dans le monde occidental était l'Église. D'où le parallèle entre la nature du pouvoir pastoral et la structuration du pouvoir dans les sociétés modernes : c'est toujours plus l'État qui va structurer, qualifier et mesurer les comportements à travers ses institutions les plus variées – au sein du système éducatif, du système pénitentiaire, du système de santé, entre autres.

Foucault parle même d'une « double contrainte » politique, qui est « l'individualisation et la totalisation simultanées propres aux structures du pouvoir moderne ». Il poursuit en affirmant que :

La conclusion serait que le problème politique, éthique, social et philosophique de notre époque ne consiste pas à essayer de libérer l'individu de l'État ou des institutions de l'État, mais à nous libérer à la fois de l'État et du type d'individualisation qui lui est attaché. Nous devons promouvoir de nouvelles formes de subjectivité par le refus de ce type d'individualité qui nous a été imposé il y a plusieurs siècles.²⁵²

²⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 279.

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 237.

²⁵² FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 239.

Il affirme aussi que les luttes contre les formes d'assujettissement prennent de plus en plus d'importance²⁵³, même si celles contre les formes de domination et d'exploitation sont loin de disparaître. Même si ce n'est pas la première fois que notre société est confrontée à ce type de lutte – contre la sujétion – puisque tous les mouvements des XVe et XVIe siècles, qui avaient la Réforme comme expression maximale, cherchaient, dans une certaine mesure, une nouvelle subjectivité, selon Foucault, la raison pour laquelle ce type de lutte tend à prévaloir est due au fait que, depuis le XVIe siècle, une nouvelle forme politique de pouvoir ne cesse de se développer et « cette nouvelle structure politique, comme chacun sait, c'est l'État. Cependant, la plupart du temps, l'État est considéré comme un type de pouvoir politique qui ignore les individus, ne s'occupant que de l'intérêt de la totalité ».²⁵⁴

En effet, les formes d'institutionnalisation des relations de pouvoir impliquent des dispositions traditionnelles, des structures juridiques, des phénomènes d'habitude ou de mode. Ils peuvent également prendre la forme d'un dispositif auto-fermé, avec ses emplacements spécifiques, ses propres régulations, des structures hiérarchiques soigneusement délimitées et une autonomie fonctionnelle relative, ou même constituer des systèmes très complexes avec de multiples appareils, comme dans le cas de l'État, dont la fonction est d'établir la structure générale et, dans une certaine mesure, la distribution de toutes les relations de pouvoir dans une société donnée. Que l'État dans les sociétés contemporaines ne soit pas simplement l'une des formes ou l'un des lieux – même si c'est le plus important – de l'exercice du pouvoir, mais que, d'une certaine manière, tous les autres types de rapports de force lui soient liés, c'est un fait indéniable. Mais ce n'est pas parce qu'ils en découlent tous exclusivement. C'est, en fait, parce qu'il y a eu un processus continu d'étatisation des relations de pouvoir (bien qu'il n'ait pas pris la même forme dans les domaines éducatif, judiciaire, économique et familial). On

²⁵³ Foucault nous rappelle que “d'une manière générale, on peut dire qu'il existe trois types de luttes : contre les formes de domination (ethnique, sociale et religieuse) ; contre les formes d'exploitation qui séparent les individus de ce qu'ils produisent ; ou contre ce qui les lie à eux-mêmes et les soumet ainsi aux autres (luttes contre la sujétion, contre les formes de subjectivation et de soumission). Je crois que l'histoire regorge d'exemples de ces trois types de luttes sociales, isolées les unes des autres ou entremêlées. Cependant, même lorsqu'elles sont entremêlées, l'une d'elles l'emporte la plupart du temps.” in FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 235.

²⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 236.

peut dire que les relations de pouvoir se sont progressivement rationalisés et centralisés sous la forme ou sous le contrôle des institutions étatiques²⁵⁵.

3.2.3 Biopouvoir

Un autre élément qui renforce le lien entre la conceptualisation développée par Foucault et l'État moderne est le concept de biopouvoir. Loin d'identifier une catégorie distincte des notions explorées jusqu'ici sur le pouvoir, l'idée de biopouvoir identifie précisément la caractéristique assumée par le pouvoir dans le modèle de société disciplinaire qui s'est développé au cours de la modernité. Ainsi, « l'ancien pouvoir de mort dans lequel le pouvoir souverain était symbolisé est désormais soigneusement couvert par l'administration des corps et la gestion calculatrice de la vie », dans la mesure où « les observations économiques, des problèmes de naissance, de longévité, de santé publique, de logement et de migration ; explosion, donc, de techniques diverses et nombreuses pour obtenir l'assujettissement des corps et le contrôle des populations. C'est ainsi que s'ouvre l'ère du biopouvoir ». ²⁵⁶

Ce biopouvoir était, selon Foucault, un élément essentiel dans le développement du capitalisme. Cela exigeait non seulement l'insertion contrôlée des corps dans l'appareil de production et l'ajustement des phénomènes démographiques aux processus économiques, mais aussi l'accroissement de leur utilisabilité et de leur docilité. Ainsi, il fallait des méthodes de pouvoir capables d'augmenter les forces et les aptitudes, mais sans les rendre plus difficiles à maîtriser. Ainsi, si le développement des grands appareils d'État en tant qu'institutions de pouvoir garantissait le maintien des relations de production, les rudiments de la biopolitique, inventés au XVIIIe siècle comme techniques de pouvoir présentes à tous les niveaux du corps social, agissaient au niveau des processus économiques, ainsi que des forces qui sont à l'œuvre dans ces processus. Et ils les ont soutenus. L'ajustement de l'accumulation des hommes à celle du capital, ainsi que « l'articulation de la croissance des groupes humains avec l'expansion des forces productives et la distribution différentielle du profit, ont été, en partie, rendus possibles par l'exercice du biopouvoir avec ses multiples formes et procédures ». ²⁵⁷

²⁵⁵ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 246-247.

²⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 184.

²⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 185-186.

L'aspect le plus pertinent de la notion de biopouvoir est cependant ce que Foucault identifie comme « l'entrée de la vie dans l'histoire » dans le domaine des techniques politiques, c'est-à-dire la compréhension et l'utilisation des phénomènes propres à la vie de l'espèce humaine dans l'ordre de la connaissance et du pouvoir. On ne dit pas, bien sûr, que ce fut le premier contact de la vie avec l'histoire. Au contraire, la pression biologique sur l'histoire a toujours été extrêmement forte ; l'épidémie et la famine ont constitué les deux grandes formes dramatiques de cette relation, donc placée sous le signe de la mort. Cependant, le développement de la connaissance de la vie en général, l'amélioration des techniques agricoles, les observations et les mesures visant la vie et la survie des hommes, ont conduit à un relâchement : un contrôle relatif sur la vie a supprimé certaines des conséquences immédiates de la mort. Dans cette nouvelle perspective, les processus de la vie sont pris en compte par des procédures de pouvoir et de connaissance qui tentent de les contrôler et de les modifier. Ainsi, « pour la première fois dans l'histoire, sans aucun doute, le biologique se reflète dans le politique ; le fait de vivre n'est plus ce support inaccessible qui n'émerge que de temps en temps, dans le hasard de la mort et de sa fatalité ». Elle s'inscrit, au moins partiellement, dans le domaine du contrôle du savoir et de l'intervention du pouvoir. Celle-ci n'est pas seulement liée aux sujets sur lesquels son dernier accès est la mort, mais aux êtres vivants, et la force qu'elle peut exercer sur eux doit être au niveau de la vie elle-même. C'est précisément le fait que le pouvoir prenne en charge la vie, bien plus que la menace de mort, qui lui permet d'accéder au corps.²⁵⁸

Une autre conséquence du développement de ce biopouvoir, fondamental dans toute étude juridique, est l'importance croissante prise par la performance de la norme au sein de l'ordre juridique. La loi ne peut manquer d'être armée, et son arme ultime est la mort ; à quiconque la transgresse, elle répond, au moins en dernier recours, par cette menace. Mais un pouvoir chargé de prendre le contrôle de la vie aura besoin de mécanismes continus, régulateurs et correctifs. Il ne s'agit plus de mettre la mort en action dans le domaine de la souveraineté, mais de répartir le vivant dans un domaine de valeur et d'utilité. Le droit fonctionne de plus en plus comme une norme et l'institution judiciaire s'intègre de plus en plus dans un continuum d'appareils dont les fonctions sont principalement réglementaires. Par rapport aux sociétés que nous avons connues jusqu'au XVIIIe siècle, nous sommes dans une phase de régression juridique ; les Constitutions écrites dans le monde entier depuis la

²⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 186-188.

Révolution française de 1789, les Codes élaborés et réformés, toute une activité législative continue ne doit pas nous tromper : ce sont des formes qui rendent acceptable ce pouvoir essentiellement normalisateur.²⁵⁹

Il est donc clair que les structures sur lesquelles se développent les relations de pouvoir analysés par Foucault concernent, dans une large mesure, l'État moderne. Cela fait, il est également essentiel de rappeler le lien étroit entre les recherches menées par le penseur français et le domaine du droit, non seulement en raison de la pertinence de ce fait pour la présente recherche, mais aussi en raison du lien ombilical que le droit entretient avec les structures du pouvoir et aussi avec l'État moderne²⁶⁰.

Il affirme que le système juridique et le champ judiciaire sont des canaux permanents de rapports de domination et de techniques polymorphes de soumission. Le droit doit donc être vu comme une procédure de sujétion qu'il déclenche et non comme une légitimité à établir. Dans ce contexte, il ne s'agit pas d'analyser les formes de pouvoir régulatrices et légitimes qui en sont le centre, dans leurs mécanismes généraux et leurs effets constants. Au contraire, il s'agit de prendre le pouvoir à ses extrémités, à ses dernières branches, là où il devient capillaire ; saisir le pouvoir dans ses formes et ses institutions les plus régionales et locales, en particulier au point où, dépassant les règles de droit qui l'organisent et le délimitent, il étend et pénètre les institutions, se matérialisant dans des techniques et des instruments d'intervention, parfois même violents²⁶¹.

Ainsi, il est nécessaire d'étudier le pouvoir là où son intention, si elle existe, se traduit pleinement dans les pratiques réelles ; d'étudier le pouvoir de son côté extérieur, lorsqu'il est directement lié à son but ou à son champ d'application. Il ne s'agit donc pas de se demander pourquoi certains veulent dominer, ce qu'ils recherchent et quelle est leur stratégie générale, mais comment les choses fonctionnent au niveau du processus de subordination ou des processus continus et sans fin qui contrôlent les comportements. C'est-à-dire se demander comment les sujets se sont formés par petites étapes, progressivement, à partir de la diversité

²⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 189-190.

²⁶⁰ On trouve d'innombrables passages dans l'œuvre de Foucault où cela est clair. On peut citer par exemple le passage suivant : « Ce que j'ai cherché à explorer, depuis 1970 jusqu'à aujourd'hui, en gros, c'est le comment du pouvoir ; j'ai cherché à discerner les mécanismes existant entre deux points de référence, deux limites : d'une part, les règles de droit qui délimitent formellement le pouvoir, et d'autre part, les effets de vérité que ce pouvoir produit, transmet et qui, à leur tour, le reproduisent. Un triangle, donc : pouvoir, droit et vérité. » In FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 278.

²⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 282.

des forces, des désirs, des pensées, etc. Saisir l'aspect matériel de la sujétion comme formation des sujets, précisément à l'opposé de ce que font souvent les juristes qui se demandent comment, à partir de la diversité des individus et des volontés, un seul corps souverain peut être formé. Ainsi, il est essentiel d'explorer les corps périphériques et multiples, les corps façonnés comme des sujets par l'influence du pouvoir, plutôt que de formuler le problème de l'âme centrale²⁶².

En effet, l'un de ses ouvrages les plus connus, *Surveiller et punir*, vise, selon l'auteur lui-même, à retracer l'histoire d'un nouveau pouvoir de juger, une « généalogie du complexe scientifico-judiciaire actuel où le pouvoir de punir s'appuie, reçoit ses justifications et ses règles, étend ses effets et masque sa singularité exorbitante ». Il explique qu'aux XVIIIe et XIXe siècles, un processus a été initié par lequel les juges ont commencé à juger autre chose que des crimes. Ce pouvoir, celui de juger, a été partiellement transféré à d'autres autorités que les juges pénaux, telles que les experts et les agents pénitentiaires. Cependant, la particularité de la justice pénale moderne est que ses éléments extrajudiciaires n'ont pas été créés pour qu'ils puissent être légalement et progressivement inclus dans le pouvoir strict de punir, mais, au contraire, pour qu'ils puissent fonctionner dans le processus pénal en tant qu'éléments extrajudiciaires. Cela a été fait pour éviter que la condamnation ne soit une punition purement légale ; c'est-à-dire libérer le juge du rôle de celui qui ne fait que punir²⁶³.

Cette transformation du pouvoir judiciaire ne s'est bien sûr pas opérée en dehors d'un contexte, mais dans la logique du développement du pouvoir disciplinaire. La discipline « produit » des individus, représentant une technique spécifique de pouvoir qui perçoit simultanément les individus comme des objets et comme des moyens de leur mise en œuvre. Ce n'est pas un pouvoir triomphant qui peut compter sur ses propres excès, mais un pouvoir modeste, qui fonctionne grâce à une économie calculée mais constante. De son côté, « l'appareil judiciaire n'échappera pas à cette invasion. Le succès du pouvoir disciplinaire est sans doute dû à l'utilisation d'instruments simples : la vision hiérarchique, la sanction normalisatrice et sa combinaison dans une procédure qui lui est propre, l'examen ».²⁶⁴

C'est la question du regard, de la vigilance, qui nous intéresse le plus en ce moment. Selon Foucault, l'ampleur de la surveillance hiérarchique depuis le XVIIIe siècle est due au fait que c'est grâce à elle que le pouvoir disciplinaire est devenu une sorte de « système

²⁶² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 283-284.

²⁶³ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.27.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.172-173.

intégré », non seulement parce qu'il fait partie d'une série d'interactions sociales, mais aussi parce qu'il a une distribution temporelle beaucoup plus élastique. C'est ce qui :

[...] permet au pouvoir disciplinaire d'être à la fois absolument indiscret, puisqu'il est partout et toujours en éveil, qu'il ne laisse en principe aucune zone d'ombre et qu'il contrôle sans cesse ceux-là mêmes qui sont chargés de contrôler; et absolument « discret », car il fonctionne en permanence et pour une bonne part en silence. La discipline fait « marcher » un pouvoir relationnel qui se soutient lui-même par ses propres mécanismes et qui, à l'éclat des manifestations, substitue le jeu ininterrompu de regards calculés. Grâce aux techniques de surveillance, la « physique » du pouvoir, la prise sur le corps s'effectuent selon les lois de l'optique et de la mécanique, selon tout un jeu d'espaces, de lignes, d'écrans, de faisceaux, de degrés, et sans recours, en principe au moins, à l'excès, à la force, à la violence....]²⁶⁵

C'est ainsi remplacer le pouvoir qui se manifeste par l'éclat de celui qui l'exerce par un pouvoir qui s'adresse subrepticement à ceux à qui il s'exerce, de se former une connaissance à leur sujet au lieu de montrer des signes exubérants de souveraineté. En bref, les disciplines sont un ensemble de petites inventions techniques qui ont permis de réduire les inconvénients du pouvoir qui, précisément pour rendre les masses utiles, doit les contrôler : « Si le décollage économique de l'Occident a commencé avec les processus qui ont permis l'accumulation du capital, on peut dire, peut-être, que les méthodes de gestion de l'accumulation des hommes ont permis un décollage politique par rapport aux formes traditionnelles de pouvoir. »²⁶⁶

Le Panopticon de Jeremy Bentham est invoqué comme une figure architecturale dans cette composition. Il s'agit d'un terme utilisé pour désigner un type de prison idéale, conçue par le penseur anglais au XVIIIe siècle, qui permet à un gardien d'observer tous les prisonniers, sans qu'ils puissent savoir s'ils sont surveillés ou non. D'une manière générale, le modèle original²⁶⁷ comprenait une structure circulaire au centre d'un bâtiment de même

²⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*: Naissance de la prison. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.179.

²⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*: Naissance de la prison. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.222.

²⁶⁷ Il est important de souligner que les écrits de Jeremy Bentham sur le Panoptique se composent essentiellement des *Lettres* et de deux Postscriptums. L'édition citée ne comprend que la traduction directe des Lettres. À ce sujet, Bentham rapporte, dans la préface de l'ouvrage, que « les lettres qui constituent le corps de ce traité furent écrites à Crecheff, en Russie, puis envoyées en Angleterre en 1787, à peu près à la même époque que La Défense de l'Usure. Elles étaient adressées à un particulier, en vue d'un établissement privé (dont j'ai été informé par un journal anglais), alors à l'étude, sans intention immédiate ni déterminée de les voir publiées. Si elles sont aujourd'hui révélées par la presse irlandaise, c'est parce que l'attention du public irlandais avait été attirée par l'observation faite récemment par le chancelier de l'Échiquier, selon laquelle ce

forme, divisée en compartiments, chacun avec une fenêtre tournée vers l'extérieur, pour permettre à la lumière d'entrer, et une porte à barreaux vers la cour et la tour d'observation. Les occupants des cellules seraient isolés les uns des autres par des murs et soumis à une surveillance collective et individuelle par un observateur situé dans la tour, qui serait toujours caché.

Foucault voit dans ce concept l'allégorie d'une structure capable de fabriquer des effets homogènes de pouvoir, où une « sujétion réelle naît mécaniquement d'une relation fictive ». Ainsi, il ne serait plus nécessaire, du moins en règle générale, d'employer la force, la coercition physique, pour « forcer le condamné à bonne conduite, le fou à se calmer, l'ouvrier à travailler, l'écolier à appliquer, le malade à observer les recettes ».²⁶⁸

3.2.4 Différentes conceptions du pouvoir : consolidation des aspects essentiels

Bien que les conceptions du pouvoir de Foucault aient eu un impact unique sur l'ensemble des sciences sociales, il est évident que d'autres auteurs ont présenté des conceptions divergentes. Pierre Bourdieu, par exemple, est allé jusqu'à dire que nous vivions à une époque où le pouvoir était vu partout, comme à d'autres époques nous ne voulions pas le reconnaître dans des situations où il était évident. Il ne faut pas, selon lui, faire du pouvoir un « cercle dont le centre est partout et nulle part », au risque de le dissoudre, c'est-à-dire de rendre impossible la compréhension d'éléments qui lui sont essentiels. Il faudrait savoir le découvrir là où il se permet d'être moins vu, là où il est presque complètement ignoré. Pour Bourdieu, le pouvoir symbolique serait ce pouvoir invisible, qui ne peut s'exercer qu'avec la complicité de ceux qui ne veulent pas savoir qu'ils y sont soumis voire qu'ils l'exercent²⁶⁹.

Les relations de communication seraient donc toujours des relations de pouvoir qui dépendent du pouvoir matériel ou symbolique accumulé par les agents ou les institutions impliqués dans ces relations. De plus, les systèmes symboliques, en tant qu'instruments structurés et structurants de communication et de connaissance, remplissent une fonction politique de moyens d'imposer ou de légitimer la domination, qui contribuent à assurer la

gouvernement était disposé à tester le système pénitentiaire. Elles sont imprimées telles qu'elles furent rédigées à l'origine, sans autre modification que la suppression de quelques passages sans importance et l'ajout d'un post-scriptum présentant de nouvelles idées, fruit d'un examen plus approfondi et critique, effectué principalement en vue de l'établissement privé susmentionné, et appuyé par des informations et des conseils professionnels. » In BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Org. Tomaz Tadeu. 3^a ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

²⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*: Naissance de la prison. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.204.

²⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris: Editions du Seuil, 2001, p. 201-202.

domination d'une classe sur une autre, renforçant même de leur propre force les relations qui les sous-tendent. Ainsi, les structures et les fonctions les plus spécifiques des idéologies sont liées aux conditions sociales de leur production et de leur circulation, et sont toujours doublement déterminées. Ils doivent leurs caractéristiques essentielles non seulement aux intérêts des classes – ou des fractions de classe – qu'ils représentent, mais aussi aux intérêts spécifiques de ceux qui les produisent et à la logique particulière de leur champ de production. Bourdieu affirme donc qu'il est essentiel d'éviter la réduction drastique des produits idéologiques aux intérêts des classes qu'ils servent, sans pour autant tomber dans l'illusion idéaliste qui consiste à traiter les productions idéologiques comme des totalités autosuffisantes et auto-générées, soumises à une analyse purement interne²⁷⁰.

L'effet proprement idéologique consiste donc précisément dans l'imposition de systèmes de classification politique sous le couvert légitime de classifications philosophiques, religieuses, juridiques, etc. Les systèmes symboliques doivent leur force au fait que les rapports de force qui s'expriment en eux ne se manifestent que sous la forme méconnaissable de relations de sens. Le pouvoir symbolique comme le pouvoir de faire voir et croire, de confirmer ou de transformer la vision du monde et, par conséquent, l'action sur le monde lui-même, comme « un pouvoir presque magique qui permet d'obtenir l'équivalent de ce qui est obtenu par la force (physique ou économique) », ne s'exerce que s'il est reconnu comme légitime. Ainsi, le pouvoir symbolique est une forme transformée, à la fois méconnaissable et légitimée, des autres formes de pouvoir. Elle ne peut dépasser les modèles qui décrivent les relations sociales comme rapports de force et ceux qui en font des relations de communication que si l'on décrit adéquatement les manières dont les différents types de capital se transforment en capital symbolique, et en particulier le travail de dissimulation, d'euphémisation, qui garantit une véritable transsubstantiation des rapports de force, les transformant en pouvoir symbolique, capable de produire des effets réels sans dépenser, du moins en apparence, d'énergie²⁷¹.

Il est nécessaire de rappeler, à ce stade, la critique constante que Jean Baudrillard, dans *Oublier Foucault*, tisse aux formulations construites par cet auteur. Tout d'abord, il est important de se rendre compte que les objections formulées par Baudrillard ne peuvent être comprises en dehors du contexte de la construction théorique érigée par cet auteur²⁷². De plus,

²⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris: Editions du Seuil, 2001, p. 206-208.

²⁷¹ BOURDIEU, Pierre. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris: Editions du Seuil, 2001, p. 210-211.

²⁷² A ausência de contextualização leva alguns autores, como David Halperin, a sustentar que as críticas de Baudrillard à obra de Foucault têm origem em uma espécie de moralismo. Esse ponto de vista fica muito claro

beaucoup de ces objections visent spécifiquement les idées présentées par Foucault dans le premier volume de *Histoire de la sexualité*, intitulé *La volonté de savoir*, publié peu de temps auparavant – dont certaines sont considérées par Baudrillard comme non cohérentes avec la construction théorique déjà établie, à l'époque, par Foucault lui-même.

Cependant, il y a sans aucun doute, dans *Oublier Foucault*, une critique de Baudrillard de la propre vision de cet auteur sur le fonctionnement des relations de pouvoir au sein de la société. Spécifiquement sur *Surveiller et punir*, Baudrillard déclare que :

De même pour *Surveiller et punir*, avec sa théorie de la discipline, du panoptique et de la transparence. Théorie magistrale, mais révolue. Cette théorie du contrôle par l'objectivation du regard, même pulvérisée dans des dispositifs micro, est révolue. Nous sommes sans doute aussi loin de la stratégie de la transparence dans le dispositif de la simulation que celle-ci pouvait l'être de l'opération immédiate et symbolique du supplice décrit par Foucault lui-même. Là encore, une spirale manque, celle devant laquelle, étrangement, Foucault s'arrête, au seuil d'une révolution actuelle du système qu'il n'a jamais voulu franchir²⁷³.

Le passage cité est important pour plusieurs raisons. D'abord, par les adjectifs utilisés par Baudrillard. En fait, il reconnaît l'importance de la théorie énoncée par Foucault, la classant comme *magistrale*. Peu après, il se dit qu'il serait dépassé. Ainsi, loin de soutenir que la formulation des relations de pouvoir exposée par Foucault serait totalement erronée, son mérite est largement reconnu. D'autre part, il est évident que l'idée de simulation apportée par Baudrillard nécessite une réinterprétation complète des phénomènes sociaux. Cela ne veut donc pas dire que la construction faite par Foucault n'est pas utile à la compréhension de ces phénomènes, mais elle ne serait pas capable de décrire pleinement la logique des relations au sein d'une société dans laquelle il n'y a plus de frontière entre l'image et le réel.

En ce qui concerne la croyance, très répandue dans l'œuvre de plusieurs penseurs, en une dynamique de pouvoir qui fonctionne par le choc de forces antagonistes, il affirme que, en général, ce n'est pas ainsi que les faits se développent historiquement. Il affirme également qu'il est possible de comprendre pourquoi ce type d'analyse survit, en particulier chez les « révolutionnaires », puisqu'« eux-mêmes ne voudraient le pouvoir que pour eux-mêmes ». Contre cette théorie unilatérale, contre cette image qu'il a qualifiée de naïve, mais aussi contre

no texto HALPERIN, David. *Oublier Foucault. Mode d'emploi*, traduit de l'américain par Isabelle Châtelet, Paris, EPEL, 2004.

²⁷³ BAUDRILLARD, Jean. *Oublier Foucault*. Paris: Editions Galilée, 1977, p. 20.

la vision de Foucault en termes de transmissions, il affirme que le pouvoir est quelque chose qui implique des transformations ; « non pas au sens économique, mais au sens où le pouvoir s'exerce dans un cycle réversible de tentation, de défi et de ruse (non pas un axe ni une transmission à l'infini : un cycle) ». ²⁷⁴

Outre le fait que Baudrillard comprend que nous vivons dans une hyperréalité, qui exige évidemment un regard différent sur tous les phénomènes sociaux – d'où sa critique de Foucault en ce sens qu'il se serait arrêté au seuil d'une révolution qu'« il n'a jamais voulu franchir » – il y a aussi une différence évidente dans l'orientation de l'analyse entre ces deux auteurs. Alors que Foucault s'appuie sur les phénomènes prémodernes pour expliquer comment se sont construites les institutions sur lesquelles s'est développé un ensemble de relations de pouvoir de nature disciplinaire déjà à l'époque de l'État moderne, Baudrillard était plus attentif aux transformations qui ont conduit la société moderne à un stade postmoderne ou, comme nous le soutenons dans le présent ouvrage, hypermoderne.

Il est important de souligner que, de toute évidence, il n'y a pas de scission ou de différenciation absolue dans l'objet d'analyse des deux penseurs. Il ne s'agit pas ici de dire que les périodes historiques au cours desquelles se sont déroulés les faits qui servent de base aux conclusions des deux auteurs sont complètement différentes. Il est évident que Baudrillard mentionne et prend en compte des événements antérieurs au développement de la modernité, tout comme Foucault analyse également les dynamiques sociales qui étaient contemporaines chez lui, ainsi que les transformations sociales les plus récentes dont il a pu être témoin. Ils ne sont donc pas des objets complètement séparés. La différence, comme indiqué ci-dessus, est une question de concentration. Nous comprenons donc que l'analyse qu'ils ont préparée n'est pas incompatible. Il est évident qu'il y a des points de désaccord et des aspects spécifiques où le point de vue de l'un va à l'encontre de la pensée de l'autre, mais les deux sont essentiels pour la compréhension adéquate des phénomènes sociaux étudiés ici.

Il y a aussi un point que nous considérons comme établissant une relation significative entre la pensée de ces deux auteurs sur la nature du pouvoir. Baudrillard affirme qu'en fait, le pouvoir n'existe pas. Le pouvoir représenterait un espace de simulation. Si le pouvoir séduit, c'est justement parce qu'il est un simulacre, parce qu'il se transforme en signes et s'invente sur des signes. Ainsi, la parodie, l'inversion des signes ou leur intensification peuvent l'affecter plus profondément que n'importe quel rapport de forces. Le secret de l'inexistence du pouvoir, qui était le secret des grands politiciens, est aussi le secret des grands

²⁷⁴ BAUDRILLARD, Jean. *Oublier Foucault*. Paris: Editions Galilée, 1977, p. 59.

banquiers, précisément que l'argent ne signifie rien. C'était le secret des grands théologiens et inquisiteurs, que Dieu n'existe pas, que Dieu est mort – et cela leur a toujours donné un avantage incroyable²⁷⁵.

Bien qu'il établisse une série de ses propres réflexions sur le pouvoir, Baudrillard finit par conclure qu'il n'existe pas. Dans le même sens, comme nous l'avons déjà mentionné, Foucault affirme que « le pouvoir n'existe pas ». La similitude est évidente. Cependant, les idées développées jusqu'à présent montrent clairement que, pour aucun de ces deux auteurs, ces déclarations ne permettent de conclure que le pouvoir serait une sorte de fantasme. Au contraire. Chez Foucault, l'étude des relations de pouvoir est fondamentale pour comprendre les dynamiques sociales, en particulier les dynamiques par lesquelles les êtres humains deviennent des sujets. Chez Baudrillard, en revanche, le pouvoir est quelque chose qui implique des transformations qui se produisent dans un cycle continu. Il est donc clair que, malgré les différences, l'analyse du pouvoir a un rôle central, mais qu'elle ne peut pas être limitée à la compréhension traditionnelle, c'est-à-dire comme quelque chose qui émane de certains espaces privilégiés de la société.

En fait, il est intéressant de noter que Baudrillard a écrit un livre pour critiquer Foucault et, à la fin, est parvenu à une conclusion sur le pouvoir qui, au moins à certains égards, est très proche de ce que Foucault lui-même dit sur le sujet. En ce qui concerne cette apparente contradiction, il est très peu probable qu'il y ait eu un quelconque changement dans sa position dans les déclarations de Baudrillard, puisque toutes les critiques mentionnées ici ont été développées dans le même ouvrage. Cependant, il est nécessaire de souligner que le texte dans lequel Foucault décrit de manière plus évidente sa formulation du pouvoir – *Le sujet et le pouvoir* – a été écrit après *Oublier Foucault*, même si, de toute évidence, ces idées avaient déjà été énoncées auparavant. Il est en effet possible qu'il y ait eu une certaine approximation, même si elle n'est pas délibérée, entre les conceptions des deux auteurs après la publication de cet ouvrage²⁷⁶.

L'argument selon lequel il y aurait une différence importante de focale, en particulier dans le choix de l'objet d'analyse, entre Foucault et Baudrillard, est renforcé par l'affirmation

²⁷⁵ BAUDRILLARD, Jean. *Oublier Foucault*. Paris: Editions Galilée, 1977, p. 81.

²⁷⁶ Certains auteurs suggèrent d'ailleurs que la ligne suivie par Foucault dans ses recherches des années 1980 constitue, dans une certaine mesure, une concession aux critiques formulées par Baudrillard. Voir à ce propos NABLI, Hamdi. *Foucault et Baudrillard : La fin du pouvoir*. Paris : Éd. L'Harmattan, 2015. En revanche, l'affirmation de Baudrillard dans *Cool Memories* est bien connue : dans les années 1970, l'influence intellectuelle de Foucault était telle que le critiquer était une manière de contribuer au développement de sa pensée, tandis que le flatter n'aurait que des effets négatifs.

de Deleuze, en ce sens que « Foucault situait les sociétés disciplinaires aux XVIII^e et XIX^e siècles ; elles atteignent leur apogée au début du XX^e siècle ». On peut dire, en effet, que Deleuze a cherché, dans une certaine mesure, à actualiser l'analyse de Foucault, en faisant valoir que le modèle de pouvoir disciplinaire qu'il décrivait se serait transformé en une société de contrôle. Par rapport à ces deux modèles, il ne faut pas se demander quel est le régime le plus rigide, puisque dans chacun d'eux on peut trouver des libérations et des sujétions. Par exemple, dans la « crise de l'hôpital comme milieu d'enfermement, la sectorisation, les hôpitaux de jour, les soins à domicile ont pu marquer d'abord de nouvelles libertés, mais participer aussi à des mécanismes de contrôle qui rivalisent avec les plus durs enfermements».²⁷⁷

La principale différence entre la société disciplinaire et la société de contrôle serait, en fait, dans leur logique de fonctionnement. Alors que les confinements fonctionnent comme des moules, les contrôles sont structurés comme des modulations. En ce sens, Deleuze cite l'exemple des structures de travail. Alors que l'usine était un corps qui amenait ses forces internes à un point d'équilibre, maximisant la production et réduisant les salaires autant que possible, l'entreprise – qui a remplacé l'usine comme structure privilégiée pour le développement de ce type de relation – s'efforce profondément d'imposer une modulation pour chaque salaire, dans des « états de perpétuelle métastabilité qui passent par des challenges, concours et colloques extrêmement comiques. Si les jeux télévisés les plus idiots ont tant de succès, c'est parce qu'ils expriment adéquatement la situation d'entreprise ». L'usine unifie les individus en un seul corps, mais l'entreprise « ne cesse d'introduire une rivalité inexpiable comme saine émulation, excellente motivation qui oppose les individus entre eux et traverse chacun, le divisant en lui-même ».²⁷⁸

La différence entre ces deux modèles s'exprime aussi dans le langage numérique du contrôle, « qui marquent l'accès à l'information, ou le rejet. On ne se trouve plus devant le couple masse-individu. Les individus sont devenus des 'dividuels', et les masses, des échantillons, des données, des marchés ou des 'banques' ».²⁷⁹

Bien que les réflexions de Deleuze aient été écrites au début des années 1990, elles correspondent précisément à ce que nous voyons aujourd'hui.

²⁷⁷ DELEUZE Gilles, *Les sociétés de contrôle*. *EcoRev'*, 2018/1 (N° 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005.
URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>

²⁷⁸ DELEUZE Gilles, *Les sociétés de contrôle*. *EcoRev'*, 2018/1 (N° 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005.
URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>

²⁷⁹ DELEUZE Gilles, *Les sociétés de contrôle*. *EcoRev'*, 2018/1 (N° 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005.
URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>

3.2.5 La surveillance dans la société d'aujourd'hui

Le contrôle électronique des documents d'identité, le traitement informatisé des données fiscales, éducatives et médicales, l'enregistrement et la gestion des achats commerciaux effectués avec des cartes de crédit, ainsi que les réservations de voyages, représentent quelques exemples bien connus de la surveillance informatique omniprésente qui existe aujourd'hui. Ainsi, notre vie individuelle et sociale court le risque d'être soumise à ce que l'on appelle conventionnellement le « jugement universel permanent », puisque, en fait, chaque citoyen enregistré dans une base de données est exposé à une surveillance continue et involontaire, qui peut affecter même les aspects les plus sensibles de sa vie privée – ceux qui, dans le passé, étaient hors de contrôle en raison de leur variété et de leur multiplicité²⁸⁰. La croissance des réseaux sociaux a considérablement aggravé le problème. Les informations partagées sur ces réseaux sont constamment analysées par des outils d'intelligence artificielle pour retracer, avec une richesse de détail croissante, le profil des utilisateurs, permettant ainsi de cibler les contenus. Ce processus permet aux entreprises de maximiser le temps que les gens passent sur les réseaux et, en même temps, le ciblage de la publicité, à la fois des produits commerciaux et de la publicité politique²⁸¹.

Nous vivons en fait un autre niveau de surveillance, effectué dans une mesure et par des moyens qui auraient été impensables lorsque les concepts élaborés par Foucault ont été développés. Selon une étude de 2022²⁸², la Chine est en tête du classement mondial du nombre de caméras de surveillance réparties dans les grandes villes, mais la croissance significative de ce type d'appareil de surveillance est un phénomène mondial. Ainsi, alors que les villes chinoises dominent les résultats, il existe des villes dans d'autres pays dont les tactiques de surveillance sont une source d'inquiétude croissante, notamment Séoul, Singapour, Londres, Dhaka, New York et Los Angeles, ainsi que plusieurs villes indiennes et russes.

²⁸⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Las generaciones de derechos humanos*. In Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 39-74, out./dez. 2014, p.50.

²⁸¹ L'utilisation des données des utilisateurs par les réseaux sociaux est largement médiatisée ces derniers temps. Le cas le plus médiatisé à ce sujet est celui de l'utilisation par Cambridge Analytica des données personnelles de plus de 50 millions d'utilisateurs de Facebook à des fins de propagande politique. Un rapport sur cette affaire est disponible à l'adresse suivante :: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>> consulté le 02/10/2023.

²⁸² L'étude a été menée par l'institut britannique Comparitech et ses résultats sont accessibles sur le site <<https://www.comparitech.com/vpn-privacy/the-worlds-most-surveilled-cities/>>, consulté le 11/02/2023.

De plus, d'autres techniques, comme la reconnaissance faciale et la collecte massive de données, sont devenues de plus en plus courantes. En Chine, par exemple, selon un rapport d'enquête du New York Times²⁸³, les dispositifs de suivi des téléphones sont désormais partout. En outre, la police crée certaines des plus grandes bases de données d'ADN au monde, et les autorités exploitent les technologies de reconnaissance faciale et audio non seulement pour stocker des images, mais aussi pour recueillir des empreintes vocales du grand public.

Bien que les institutions occidentales mettent souvent l'accent sur le rôle et les performances de la Chine dans le scénario actuel d'hypersurveillance, il est probable que le plus grand scandale lié à ce sujet ait été ce qui est devenu connu sous le nom d'*affaire Snowden*. En 2013, le journal britannique *The Guardian* a rapporté des événements tels que le fait que la société de télécommunications américaine Verizon avait été forcée par le gouvernement américain de fournir des millions d'enregistrements téléphoniques effectués par des citoyens américains. Le fait le plus important révélé, cependant, était l'existence du système PRISM, le nom donné à un programme développé par l'Agence Nationale de Sécurité des États-Unis (NSA) pour révéler des informations sur des personnes du monde entier qui utilisaient les services de grandes entreprises américaines, telles qu'Apple, Microsoft, Google et Facebook. Quelque temps plus tard, Edward Snowden – un ancien sous-traitant de la NSA – est apparu en public à Hong Kong, affirmant qu'il était responsable de la fuite des informations et des documents sur lesquels il était basé.

Bien que les faits révélés par Snowden ne puissent en aucun cas être considérés comme des événements isolés, la profondeur et le niveau de détail des informations révélées sont si importants que cette affaire peut servir de référence pour comprendre comment fonctionne aujourd'hui la surveillance étatique et privée. Dans son livre *Eternal Vigilance*, publié quelques années après les révélations publiées par la presse, Snowden rapporte plusieurs détails sur le fonctionnement de la structure de surveillance qui a été mise en place par le gouvernement des États-Unis, notamment après les attentats du 11 septembre 2001. Il déclare que pendant les sept années qu'il a passées dans la Communauté du Renseignement américain (CI), il a participé au changement le plus significatif de l'histoire de l'espionnage américain, qui est passé de « la surveillance dirigée contre des individus à la surveillance de masse de populations entières. J'ai contribué à rendre technologiquement réalisable pour un

²⁸³ Disponible sur <<https://www.nytimes.com/2022/06/21/world/asia/china-surveillance-investigation.html>>, consulté le 11/02/2023.

seul gouvernement la collecte de toutes les communications numériques du monde, leur stockage pendant des éons et leur recherche à volonté ».²⁸⁴

L'étendue de la surveillance exercée par le gouvernement américain est claire dans le passage suivant :

Au fond d'un tunnel sous une plantation d'ananas – une ancienne usine d'avions souterraine de l'époque de Pearl Harbor – je me suis assis devant un terminal à partir duquel j'avais un accès pratiquement illimité aux communications de presque tous les hommes, femmes et enfants sur Terre qui passaient un appel téléphonique ou utilisaient un ordinateur. Parmi ces personnes se trouvaient quelque 320 millions de citoyens américains qui, dans la conduite régulière de leur vie quotidienne, étaient surveillés – en violation flagrante non seulement de la Constitution des États-Unis, mais des valeurs fondamentales de toute société libre.

En d'autres termes, ce n'étaient pas seulement les personnes à l'intérieur des États-Unis qui étaient surveillées, des personnes qui, pour une raison quelconque, pouvaient être considérées comme dangereuses et mettre d'autres personnes en danger immédiat. D'autre part, il ne s'agit pas non plus ici uniquement d'une surveillance visant les ennemis extérieurs potentiels du pays – qui ne pourrait que configurer une version technologiquement plus avancée de l'ancienne tradition d'espionnage qui s'est consolidée pendant la guerre froide. Non, Snowden indique clairement que le système de surveillance qui a été structuré pourrait frapper absolument n'importe qui dans le monde à condition de passer « un appel téléphonique ou d'utiliser un ordinateur ».

Mais cette surveillance n'est pas quelque chose qui se produit uniquement au niveau de l'État. Comme dans les analyses de Foucault et de Deleuze, dans lesquelles les institutions publiques ont joué un rôle très important dans les modèles de société disciplinaire et de contrôle, mais que les institutions privées – comme l'usine et l'entreprise – ont également fonctionné dans la même logique, Snowden montre clairement que la surveillance exercée sur les citoyens est aussi un modèle d'affaires. Il raconte que les premières entreprises qui ont commencé à opérer sur Internet ont cherché à faire du profit en vendant des produits d'une manière très similaire à ce qui se faisait dans le commerce en face à face. Cependant, l'environnement Internet n'était pas propice, à l'époque, à ce type de commercialisation, car la plupart des personnes qui consacraient une partie considérable de leur temps à la navigation

²⁸⁴ SNOWDEN, Edward. *Eterna Vigilância: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo*. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.

sur le réseau étaient beaucoup plus intéressées par l'établissement ou le rétablissement de connexions que par l'achat. De cette façon, « les successeurs des entreprises de commerce électronique qui ont échoué parce qu'ils n'ont rien trouvé qui nous intéressait à acheter, ont maintenant un nouveau produit à vendre. Et ce nouveau produit, c'était nous ». Ainsi, nos activités, nos désirs, notre lieu, « tout ce que nous révélions sur nous-mêmes, consciemment ou non, était surveillé et vendu en secret, afin de retarder l'inévitable sentiment de violation que la plupart d'entre nous ne ressentons que maintenant ».²⁸⁵

De toute évidence, ces deux processus d'augmentation des niveaux de surveillance exercés sur les personnes ne se sont pas déroulés indépendamment, puisque la collecte massive de données effectuée par les entreprises « continuerait à être activement encouragée et même financée par une armée de gouvernements avides du vaste volume d'informations qu'ils obtiendraient ». De plus, ces processus ne se sont jamais déroulés de manière transparente. Cela révèle également un aspect qui différencie cette surveillance des modèles utilisés jusqu'à présent. Même si l'on ne peut pas dire qu'il y ait eu un large débat social sur les techniques de surveillance analysées par Foucault et Deleuze, celles-ci étaient, au moins dans une large mesure, connues, non seulement par ceux qui étaient surveillés, mais aussi par les autres membres de la société, ce qui a permis un certain niveau de réflexion et de débat sur leur légitimité. Dans les médias actuellement utilisés, le niveau de transparence varie d'une opacité significative à un secret total des techniques employées. En fait, « nous, le public – le public non seulement dans un pays, mais dans le monde entier – n'avons jamais eu de voix ou de vote, nous n'avons jamais eu la chance d'avoir notre mot à dire dans ce processus. » Ainsi, Edward Snowden a révélé que le gouvernement américain avait structuré un système de surveillance quasi universel « d'une manière qui dissimulait délibérément à notre connaissance tous les aspects de ses programmes. À chaque étape, les procédures variables et leurs conséquences ont été cachées à tout le monde, y compris à la plupart des législateurs. »²⁸⁶

Juste pour avoir une idée du niveau de secret auquel bon nombre de ces processus de surveillance se déroulent – il convient de noter, non seulement des puissances étrangères potentiellement hostiles ou des cibles spécifiques qui pourraient être considérées comme dangereuses, mais de chaque individu sur la planète qui a accès à un réseau téléphonique ou à

²⁸⁵ SNOWDEN, Edward. *Eterna Vigilância: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo*. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.

²⁸⁶ SNOWDEN, Edward. *Eterna Vigilância: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo*. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.

Internet – il est nécessaire de se rappeler que Snowden est toujours persécuté par le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour avoir révélé cette information. Il fait face à des accusations extrêmement graves qui pourraient lui valoir une peine d'emprisonnement à vie s'il est capturé et traduit en justice.

Ce modèle de surveillance quasi absolue, associé au secret dans la manière dont il est exercé – confirmé par la persécution acharnée de ceux qui le dénoncent – ne serait-il pas une confirmation de l'immoralité et de l'absence de scrupules qui règnent dans notre société, dans les termes prescrits par Baudrillard ? En fait, cet auteur soutient que cette immoralité est si intrinsèquement liée à notre modèle de société que même ceux qui dénoncent un scandale ne remettent pas en question le modèle actuel, mais contribuent seulement à le légitimer. Il cite l'affaire du Watergate comme exemple²⁸⁷ :

La dénonciation du scandale est toujours un hommage rendu à la loi. Et Watergate a surtout réussi à imposer l'idée que Watergate était un scandale – dans ce sens, ç'a été une opération d'intoxication prodigieuse. Une bonne dose de réinjection de moral politique à l'échelle mondiale. [...] le capital, immoral et sans scrupules, ne peut que s'exercer derrière une superstructure morale, et quiconque régénère cette morale publique (par l'indignation, la dénonciation, etc.) travaille spontanément pour l'ordre du capital. C'était le cas des journalistes du Washington Post²⁸⁸.

Par conséquent, la révélation d'un tel événement ne serait pas vraiment une infamie, puisqu'elle ne ferait qu'indiquer la nature réelle du capital. En fait, c'est ce que Baudrillard veut dire quand il déclare que *Watergate n'est pas un scandale*. C'est d'ailleurs ce que tout le monde veut cacher, masquant dans cette dissimulation « un approfondissement de la moralité, de la panique morale au fur et à mesure qu'on s'approche de (mise en) scène primitif du capital : sa cruauté instantanée, sa férocité incompréhensible, son immoralité fondamentale – c'est ça qui est scandaleux ». ²⁸⁹

Rappelons ici que l'une des principales caractéristiques de la crise de l'État moderne est le phénomène identifié par Jacques Chevallier comme la crise de représentation, qui a pour

²⁸⁷ L'affaire Watergate est un scandale politique qui a éclaté aux États-Unis dans les années 1970. L'épisode a débuté le 17 juin 1972, lorsque cinq hommes ont été arrêtés pour avoir cambriolé les bureaux du Comité national démocrate, situés dans le bâtiment du Watergate à Washington. Le scandale concernait non seulement l'effraction des bureaux du Parti démocrate, mais aussi une tentative d'obstruction à la justice de la part de l'administration Nixon. Par conséquent, le 8 août 1974, Richard Nixon est devenu le premier président des États-Unis à démissionner.

²⁸⁸ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 28.

²⁸⁹ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 29.

élément le plus important la perte de confiance des électeurs dans leurs représentants²⁹⁰, causée, entre autres facteurs, par les soi-disant « mensonges de l'État » et par le développement de procédures de manipulation de l'opinion publique.

3.3.6 Le pouvoir relationnel dans le contexte judiciaire brésilien

Dans les limites du présent travail, deux points développés jusqu'à présent sont fondamentaux. La première est la forme relationnelle du pouvoir ou, en d'autres termes, la prise de conscience que le pouvoir n'est pas quelque chose de vertical, qui émane uniquement d'un point central de la société vers la périphérie, mais plutôt quelque chose qui se développe et se construit continuellement à travers un ensemble complexe de relations. Le deuxième point est le manque important de transparence dans la manière dont les rapports de force se développent, notamment dans certains environnements, dans les sociétés hypermodernes.

Ces aspects doivent être appliqués à l'analyse du fonctionnement du système judiciaire brésilien. Certaines réflexions peuvent être soulevées dans ce sens, comme, par exemple, la grande revendication de l'OAB pour le retour, après la pandémie, du travail en présentiel des magistrats et des rencontres en face à face avec eux. Dans une nouvelle de janvier 2023, le président national de l'Ordre des Avocats brésiliens a déclaré que l'organe suivait les travaux du Conseil National de la Justice dans le processus de reprise du travail en face à face dans les tribunaux après la pandémie de COVID-19. À cette occasion, le président de l'OAB a déclaré que l'organisme n'était pas opposé au traitement 100 % numérique des processus. Au contraire, il soutiendra toujours la modernisation du pouvoir judiciaire. Cependant, l'OAB n'a pas pu admettre que ceux qui ont opté pour l'instruction en direct n'ont pas eu la possibilité de le faire, et a souligné la pertinence des « séances » en face à face entre avocats et magistrats. Selon ses mots, « nous ne pouvons pas admettre que la partie juridictionnelle soit obligée d'agir numériquement, et qu'elle n'ait pas la possibilité de traiter²⁹¹ avec les juges en raison de leur absence dans ce district ». ²⁹²

Il est à noter, en effet, que seuls deux points ont été soulevés. La première – et la plus évidente – est la possibilité d'une instruction en direct des processus. Bien qu'il soit devenu courant de tenir des audiences virtuelles dans tout le pays, il ne fait aucun doute qu'il existe

²⁹⁰ Le thème a été développé dans le chapitre sur les droits de l'homme et la crise de la représentation.

²⁹¹ Dans l'original, le verbe utilisé est « despachar » avec le juge, ce qui signifie avoir un entretien privé avec lui.

²⁹² Disponible sur <<https://www.oab.org.br/noticia/60675/oab-acompanhara-os-trabalhos-do-cnj-para-retomada-do-trabalho-presencial-do-judiciario>>, consulté le 26/11/2023.

encore des situations qui nécessitent des audiences en personne. Le deuxième point, cependant, peut sembler très étrange à ceux qui ne sont pas habitués à la dynamique du système judiciaire brésilien. Bien qu'en théorie, le magistrat ne puisse décider que sur la base de ce qui se trouve dans les dossiers,²⁹³ les séances prévues par l'avocat de l'une des parties et avec le juge de l'affaire sont courantes. C'est ce qu'on appelle, de manière informelle, « despachar » avec le juge.

La loi no 8.906/94, qui prévoit le statut de la profession d'avocat, dispose, au point VIII de son article 7, que l'avocat a le droit « de s'adresser directement aux magistrats dans les locaux et les bureaux de travail, indépendamment de l'heure ou de toute autre condition préalablement fixée, en observant l'ordre d'arrivée ». Il n'y a donc pas, en principe, d'illégalité dans ce contact direct entre avocats et juges. Mais pourquoi cela serait-il si pertinent pour les avocats, comme nous l'avons vu dans les déclarations du président de l'OAB, si les éléments que le juge utilisera pour appuyer sa décision doivent figurer dans les dossiers ? Quelle est la différence entre une rencontre personnelle et une pétition écrite, où les mêmes arguments juridiques peuvent être présentés ? On pourrait penser à la possibilité de convaincre le magistrat à travers un débat en temps réel. Cependant, ce n'est pas ce qui se passe couramment lors de ces réunions. L'affaire n'est pas largement débattue entre l'avocat et le juge, et il est beaucoup plus fréquent que ce dernier adopte une posture plus passive, se contentant d'écouter les arguments de l'avocat et de répondre à quelques doutes spécifiques – une posture différente serait, en fait, assez discutable, puisqu'un débat approfondi efficace sur l'affaire, visant à convaincre le juge, devrait nécessairement inclure l'avocat de la partie adverse.

Une autre raison qui pourrait être invoquée est la possibilité d'attirer l'attention sur le processus, compte tenu du nombre gigantesque de poursuites en cours dans le système judiciaire brésilien. Selon les données du Conseil national de la justice lui-même, rien qu'en 2022, 31,5 millions de nouvelles affaires ont été ouvertes. Au total, 81,4 millions de cas ont été traités au Brésil la même année²⁹⁴. L'une des raisons d'un nombre aussi important est le phénomène des poursuites de masse, c'est-à-dire des poursuites intentées par des personnes se

²⁹³ Existem algumas exceções, como, por exemplo, as hipóteses previstas no artigo 374 do Código de Processo Civil brasileiro, que prevê que: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Percebe-se, entretanto, que mesmo nessas situações não seria útil, em tese, uma reunião entre o magistrado e o advogado de uma das partes.

²⁹⁴ Dados disponíveis em <<https://www.cnj.jus.br/com-315-milhoes-de-casos-novos-poder-judiciario-registra-recorde-em-2022/>>, acesso em 26/11/2023.

trouvant dans une situation juridique identique ou très similaire, mais qui déposent leurs demandes individuellement. Cela provoque également une massification dans l'analyse des faits. En d'autres termes, des demandes apparemment identiques à d'autres déjà jugées finissent par recevoir moins d'attention, et la même compréhension juridique est appliquée presque automatiquement. Cependant, il n'est pas rare que certains de ces cas présentent des particularités qui nécessitent une attention particulière à certains processus. Comme il n'est pas toujours facile de suffisamment mettre en évidence ces points dans les pétitions écrites, de nombreux avocats recherchent des rencontres personnelles avec les magistrats pour expliquer les particularités des demandes et éviter une erreur de jugement.

Cependant, il est possible de faire valoir qu'il existe des instruments juridiques pour résoudre ce type de problème également par écrit. La plus évidente concerne les « embargos de declaração »²⁹⁵. En effet, la méconnaissance de certains éléments pertinents de l'affaire par le juge permet la présentation de ces objections qui peuvent même avoir des effets modificateurs, modifiant le sens de la décision antérieurement rendue. Le deuxième point à mentionner, qui présente des similitudes avec le précédent, est la question de l'appel. Les « embargos de declaração » eux-mêmes sont juridiquement qualifiés d'appels – bien que certaines divergences doctrinales persistent sur cette question – mais ils sont loin d'être le seul recours possible. La voie d'appel en droit brésilien est assez large et les moyens de contester les décisions judiciaires sont divers, variant considérablement selon la branche du pouvoir judiciaire dans lequel on agit. Le Code de procédure civile brésilien de 2015 a également consacré expressément le principe de coopération, ainsi que des dispositions spécifiques sur l'obligation du magistrat d'entendre les parties dans diverses situations, comme, par exemple, l'article 10, qui dispose que « le juge ne peut statuer, à aucun degré de juridiction, sur la base de motifs pour lesquels les parties n'ont pas eu la possibilité d'exprimer leur point de vue, même s'il s'agit d'une question sur laquelle il doit statuer d'office ».

Même s'il y a une certaine résistance de la part de nombreux magistrats à la mise en œuvre de certains de ces instruments, il est nécessaire de se demander s'il n'y a pas d'autres raisons qui expliquent la grande pertinence que ledit « despacho » a pris dans la routine quotidienne du pouvoir judiciaire. Dans le même temps, il est important de se rappeler que certains des cabinets d'avocats les plus importants du pays sont formés par d'anciens magistrats ou des parents de magistrats, et qu'il s'agit d'un phénomène qui se répète à l'échelle

²⁹⁵ Il s'agit d'un type de « demande de clarification » d'une décision, prévue dans le système procédural brésilien.

locale dans de nombreuses grandes villes brésiliennes. En outre, c'est un fait bien connu dans l'environnement juridique national la pertinence de ce que l'on appelle le « transit » dans les tribunaux, c'est-à-dire un ensemble de relations qui permet à l'avocat d'avoir un accès rapide aux juges aux différents niveaux du pouvoir judiciaire, en particulier aux moments importants du traitement des affaires.

Il convient de répéter que le fait d'être reçu par le magistrat est un droit de l'avocat. Cependant, la plupart du temps, cela ne se produit pas avec l'immédiateté que la disposition contenue dans l'article 7, point VIII, du Statut de l'OAB – déjà transcrit – peut laisser croire. En outre, exiger que la disposition légale soit respectée peut créer une certaine animosité entre le justiciable et l'organe du pouvoir judiciaire, qui peut aboutir à avoir l'effet inverse de celui escompté lors de la réunion demandée. Pour toutes ces raisons, la réussite professionnelle dans le milieu juridique exige bien plus que les qualités communément associées à ce domaine professionnel – connaissances juridiques, art oratoire, capacité de conviction, etc. – allant au-delà d'autres qualités qui ont également gagné en importance au cours des dernières décennies, telles que la capacité à prospecter des clients. Cette réussite est liée à un ensemble complexe de relations, qui peuvent se construire tout au long de la carrière du professionnel ou être liées à ses relations familiales et à son contexte social dans son ensemble.

Il n'y a pas de grande particularité à cela. Depuis le début de ce chapitre, nous avons cherché à comprendre comment les relations de pouvoir en général se développent et, bien sûr, il existe des relations de pouvoir au sein du pouvoir judiciaire. Ce que nous cherchons à démontrer, en ce moment, c'est qu'une grande partie de ce qui se passe au sein du pouvoir judiciaire et qui est présenté comme l'expression d'une rationalité juridique n'est, en fait, qu'une autre expression des relations de pouvoir qui imprègnent l'ensemble de la société. Les décisions apportent une base apparemment juridique – un « vernis juridique » – mais, souvent, le processus qui a conduit à cette prise de décision est beaucoup plus complexe. Il est nécessaire de souligner qu'il ne s'agit pas ici de cas de corruption, tels que le paiement par l'une des parties pour obtenir une décision judiciaire favorable. Il est évident qu'il existe des cas de corruption au sein du pouvoir judiciaire, ainsi que dans toutes les autres sphères de l'État, mais la réflexion présentée ici se réfère à la logique même du fonctionnement du pouvoir judiciaire au Brésil, une logique qui est intrinsèquement liée à une rationalité plus large, de maintien et de reproduction des structures sur lesquelles se développent les relations de pouvoir au sein de l'État brésilien.

3.3. La relation entre les traités relatifs aux droits de l'homme et le garantisme et l'activisme au Brésil

3.3.1 Droits de l'homme

Bien que plusieurs agendas aient été très pertinents pour la mise en œuvre d'un grand nombre d'accords internationaux, en particulier à partir du milieu du XX^e siècle, peu ont été aussi décisifs pour la création d'une nouvelle notion de souveraineté que la protection internationale des droits de l'homme. Nous verrons, ci-dessous, quelques-unes des principales caractéristiques de ce phénomène.

3.3.1.1. La construction internationale des droits de l'homme dans le contexte de la crise de l'État

La vision traditionnelle de l'État s'est construite, comme nous l'avons vu plus haut, dans une perspective de souveraineté quasi absolue sur ces sujets de droit international. Cependant, la conjoncture mondiale actuelle a présenté des changements significatifs dans le scénario conçu lors de la formation des États nationaux, ce qui rend la définition susmentionnée non viable. Le niveau d'interdépendance entre les États que l'on observe actuellement indique un lien significatif entre les idées de souveraineté et de coopération, ce qui affecte considérablement l'autonomie présumée de ces sujets de droit international. Même si l'on comprend que la formation de blocs de pays s'est faite par le biais de traités fondés sur la souveraineté de chaque participant, la nécessité de revoir les postulats qui ont toujours soutenu le concept d'État est évidente.

Selon Chevallier, la mondialisation a eu un effet corrosif sur la souveraineté des États de trois manières différentes. D'abord, elle a réduit la marge de liberté des États, les amenant à se soumettre aux restrictions d'un ordre mondial qui les dépasse. En outre, elle a favorisé l'émergence de nouveaux acteurs, qui ont brisé le monopole traditionnel maintenu par les États sur les relations internationales et avec lequel ils sont obligés de traiter. Finalement, ce processus a conduit à la formation d'entités plus larges, qui ont brisé le cadre très étroit de l'État-nation. Engagé donc dans un jeu complexe et multidimensionnel d'interactions, « l'État ne possède plus ce pouvoir suprême, cette autorité incontestée qui était censée être la sienne :

les relations internationales ne peuvent plus être comprises uniquement à travers le prisme de la souveraineté ».²⁹⁶

Dans la conception moderne du droit, fondée sur le principe de la souveraineté, l'État apparaît comme la source exclusive du droit. De même que le droit international public est conçu comme un droit entre États, sur la base de leur accord, le droit international privé est également présenté comme un produit de l'initiative des États. Chaque État définit les modalités de sa coexistence avec d'autres systèmes juridiques et conserve le pouvoir de déterminer les règles applicables en cas de conflit de lois ou de juridictions. Cette vision a d'abord été remise en question par la mondialisation des échanges. Le bon fonctionnement du marché suppose l'établissement de règles, demandées par les opérateurs eux-mêmes, et ces règles ne pourraient plus être exclusivement le produit des États. De cette manière, le processus de mondialisation aurait conduit à l'émergence d'un « droit mondial », conçu et appliqué à l'initiative des opérateurs économiques. Les échanges économiques impliquent de plus en plus l'élaboration de règles et l'utilisation de mécanismes de résolution des conflits qui échappent à la médiation étatique. De ce fait, il y a eu la création, sur le modèle américain, de grands cabinets de conseil, chargés de fournir aux opérateurs économiques les ressources juridiques nécessaires à la résolution des litiges²⁹⁷.

Ce changement dans le rôle de l'État ne se limitait toutefois pas à l'étendue des échanges. Elle est intervenue dans les domaines les plus divers, allant des accords de coopération juridique internationale – relatifs par exemple à la compatibilité des procédures de poursuite dans le domaine pénal – à la formation de grands blocs économiques transnationaux. En ce sens :

Les communautés dites supranationales – Communauté économique européenne/CEE/Union européenne, NAFTA, MERCOSUL, etc., en particulier les premières, ont imposé une nouvelle logique aux relations internationales et, par conséquent, ont profondément affecté les prétentions d'une souveraineté détachée de tout lien ou limitation. Ce que l'on peut percevoir ici, c'est une transformation radicale des pouvoirs des États membres, notamment en ce qui concerne les tarifs douaniers, l'application des normes juridiques du droit international soumises à

²⁹⁶ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 40.

²⁹⁷ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 156-157.

l'appréciation des cours de justice supranationales, l'émission de monnaie, les alliances militaires, les accords commerciaux, etc²⁹⁸.

Les contours d'un ordre mondial ont également émergé dans des domaines tels que l'environnement et, plus précisément, le climat. La *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, adoptée à Rio en 1992, a donné lieu à l'organisation de conférences annuelles des parties – identifiées par l'acronyme COP.²⁹⁹ La COP 21, qui s'est tenue à Paris en décembre 2015, a permis de parvenir à un accord général entre les États, qui se sont engagés à limiter l'augmentation de la température à des niveaux inférieurs à 2 °C (et, de préférence, en dessous de 1,5 °C) par rapport aux niveaux préindustriels. Cependant, les engagements pris se sont révélés insuffisants et le bilan des dernières COP a été, selon Chevallier, décevant. Il y a eu la création d'un fonds pour aider les pays en développement « particulièrement vulnérables » à faire face aux dommages causés par le réchauffement climatique – lors de la conférence de Sharm el-Sheikh en novembre 2022 – ne compensant pas l'absence de nouvelles mesures pour réduire les émissions de gaz à effet de serre. D'autre part, un accord pour la protection de la biodiversité dans les zones terrestres et marines a été conclu en décembre 2022, lors de la conférence mondiale sur la biodiversité.³⁰⁰

La conception de la souveraineté sur laquelle s'est fondé le système international classique – l'ordre de Westphalie – est remise en question non seulement par le renforcement des liens d'interdépendance entre les États, mais aussi par la fin du monopole étatique sur les relations internationales. Les individus et les sociétés ont occupé l'échiquier international par la formation progressive d'une « opinion publique internationale », exerçant une sorte de contrôle des stratégies mises en œuvre par divers groupes à l'échelle mondiale. Cette présence, qui place l'ordre mondial sous le signe de la complexité, impose différents types de restrictions aux États. Contraints de traiter avec des acteurs qui échappent à leur autorité, qui élaborent des stratégies autonomes et n'ont plus besoin de leur médiation pour participer à la vie internationale, les États sont amenés à entretenir des relations d'interaction et d'échange avec eux, soit directement, soit à travers les structures de coopération qu'ils ont mises en place. La mondialisation se caractérise par la prolifération d'*hybrides*, c'est-à-dire de sujets

²⁹⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8e éd. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013, p. 83.

²⁹⁹ L'acronyme COP signifie *conférence des parties*, étant l'organe suprême d'une convention internationale.

³⁰⁰ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 47.

privés qui ont un certain niveau d'autorité. Cette autorité est reconnue par les États eux-mêmes et peut couvrir une grande variété de sujets, liés à divers aspects de la vie collective³⁰¹.

Il n'est pas difficile de voir que beaucoup de ces acteurs sont liés à la défense des droits de l'homme. La Croix-Rouge, Médecins Sans Frontières, *Human Rights Watch* ne sont que quelques-uns des innombrables exemples que nous pourrions citer. Cependant, ce n'est pas seulement à travers ces nouveaux acteurs que la protection des droits de l'homme se fait au niveau international, mais aussi à travers les engagements signés entre les pays eux-mêmes et toutes les interactions qui en découlent. En effet, le mouvement international des droits de l'homme est basé sur la compréhension que chaque nation a l'obligation de respecter les droits de tous les citoyens et que la communauté internationale est autorisée à protester si un État ne respecte pas ses obligations. Selon Flávia Piovesan³⁰², le « droit international des droits de l'homme » est né à la suite de la Seconde Guerre mondiale et son développement peut être attribué aux graves violations des droits de l'homme commises par le nazisme et à la conviction qu'au moins une partie de ces faits aurait pu être évitée s'il y avait eu un système efficace de protection internationale des droits de l'homme.³⁰³

C'est pourquoi on a renforcé l'idée que la protection des droits de l'homme ne devait pas être réduite à la sphère interne de l'État, c'est-à-dire qu'elle ne devait pas être limitée à une compétence nationale exclusive ou à une juridiction nationale exclusive, parce qu'il s'agissait d'une question d'intérêt international légitime. Cette conception impose évidemment une révision de la notion traditionnelle de souveraineté absolue de l'État, « qui commence à subir un processus de relativisation, dans la mesure où des interventions au niveau national sont admises, en faveur de la protection des droits de l'homme », c'est-à-dire des formes de surveillance internationale et de responsabilisation en cas de violations des droits de l'homme sont admises et conçues³⁰⁴.

Ainsi, la fin de l'époque où le traitement que l'État accordait à ses nationaux était conçu comme un problème de juridiction nationale, du fait de sa souveraineté, était annoncée. S'inspirant de ces conceptions, l'Organisation des Nations Unies a été créée à la fin de la

³⁰¹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 52.

³⁰² PIOVESAN, Flávia. *Traité internationaux de protection des droits de l'homme : Jurisprudence de la Cour suprême*, disponible sur <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>, consulté le 24/02/2024, p. 1.

³⁰³ En ce sens, voir la recherche de PIOVESAN, Flávia. Système interaméricain des droits de l'homme : impact transformateur, dialogues juridictionnels et défis de la réforme. *RECHTD. Journal d'études constitutionnelles, Herméneutique et théorie du droit*, vol. 6, n. 2, 2014, p. 142-154.

³⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Traité internationaux de protection des droits de l'homme : Jurisprudence du STF*, op. cit., p. 2.

Seconde Guerre mondiale en 1945. En 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée, avec l'approbation unanime de quarante-huit États, avec huit abstentions. La Déclaration de 1948 est un jalon et consolide l'affirmation d'une éthique internationale, en consacrant un consensus sur des valeurs universelles, devant être suivi par les États. Il introduit la conception contemporaine des droits de l'homme, caractérisée par l'universalité et l'indivisibilité de ces droits. L'universalité parce qu'elle appelle l'extension universelle des droits de l'homme, en partant du principe que la condition de personne est la seule condition de la titularité des droits. L'indivisibilité parce que la garantie des droits civils et politiques est une condition du respect des droits sociaux, économiques et culturels et vice versa. Les droits de l'homme constituent donc « une unité indivisible, interdépendante et interdépendante, capable de combiner le catalogue des droits civils et politiques avec le catalogue des droits sociaux, économiques et culturels ».³⁰⁵

Depuis l'approbation de la Déclaration universelle de 1948 et la conception contemporaine des droits de l'homme qu'elle a introduite, nous avons assisté au développement du droit international des droits de l'homme, à travers l'adoption de plusieurs traités internationaux visant à la protection de ces droits. Piovesan affirme que les instruments de protection internationale reflètent la conscience éthique contemporaine partagée par les États, dans la mesure où ils invoquent un consensus international sur des questions centrales pour les droits de l'homme. Parallèlement au système normatif mondial, le système normatif régional de protection se développe également, qui vise à internationaliser les droits de l'homme au niveau régional, en particulier en Europe, en Amérique et en Afrique. De cette manière, se structure la coexistence du système mondial avec les instruments du système régional, intégré par les systèmes interaméricain, européen et africain de protection des droits de l'homme. Il est nécessaire de souligner que les systèmes mondial et régional ne sont pas dichotomiques, mais complémentaires – inspirés par les valeurs et les principes de la Déclaration universelle, ils constituent l'ensemble des instruments de la protection des droits de l'homme au niveau international³⁰⁶.

Ce développement significatif des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme, associé à un vaste ensemble d'instruments commerciaux, environnementaux, sociaux, etc., qui a apporté une nouvelle vision des relations internationales dans leur

³⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Traités internationaux de protection des droits de l'homme : Jurisprudence du STF*, op. cit., p. 2.

³⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Traités internationaux de protection des droits de l'homme : Jurisprudence du STF*, op. cit., p. 3.

ensemble, a conduit certains auteurs – comme Stefano Rodotà³⁰⁷ – à travailler avec une perspective de « fin de géographie », en pensant les droits, en général, dans une dimension sans frontières et sans limites géographiques. Cette vision met en lumière des problèmes sans précédent, qui affectent de manière décisive le droit et tous ses acteurs, ainsi que ses lieux de production. Cela n'implique pas, évidemment, une perte du droit lui-même, mais une recherche de nouvelles façons de travailler avec lui et même d'y réfléchir. En d'autres termes, « ce déplacement n'indique pas la *fin* du droit, mais sa relocalisation, devenue *sconfinata*, ainsi que son réajustement à de nouveaux contenus ». ³⁰⁸

Les aspects commentés jusqu'à présent démontrent la nécessité de revoir le caractère souverain attribué à l'État contemporain, ou, du moins, les termes dans lesquels s'exerce cette prétendue souveraineté. Selon les mots de Bolzan de Morais et de Streck, « il ne s'agit plus de la constitution d'un ordre tout-puissant et absolu. Il semble, sans aucun doute, que nous nous dirigeons vers son effacement et/ou sa transformation en tant qu'élément qui caractérise le pouvoir de l'État ». Et les doctrinaires susmentionnés poursuivent, affirmant qu'« au niveau des relations extérieures, plus visiblement, on peut percevoir la construction d'un ordre d'engagement(s), et non de souveraineté(s) ». ³⁰⁹

Il est nécessaire de mentionner que, ces dernières années, nous avons assisté à l'émergence de mouvements de renationalisation dans diverses parties du monde, l'une des principales manifestations de ce phénomène étant la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne³¹⁰, ce qui pourrait conduire à s'interroger sur la continuité du processus de relativisation de la souveraineté des États. Günther Teubner soutient que ces mouvements se situent des deux côtés de l'échiquier politique, motivés en grande partie par des questions sur la légitimité démocratique des régimes transnationaux³¹¹. Dans le même ordre d'idées, Chevallier rappelle que, si les années 1990 ont été marquées par la consolidation d'un ordre mondial, cet ordre montre aujourd'hui quelques signes de fragilité. La montée du protectionnisme économique et le déclin du multilatéralisme ont conduit à sa déstabilisation,

³⁰⁷ Sur le sujet, voir RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*. Ed. Trotta : Madrid, 2014.

³⁰⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional : entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2016, p. 49.

³⁰⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8e éd. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013, p. 84.

³¹⁰ Au-delà de l'appel *Le Brexit*, une autre preuve à cet égard a été l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis, en utilisant un programme clairement conservateur, basé – du moins sur le plan rhétorique – sur des phrases telles que « une Amérique pour les Américains d'abord » et « Make America great again ».

³¹¹ Sur le sujet, en particulier sur le prétendu manque de légitimité démocratique des régimes internationaux, voir Teubner, Gunther. *Quod omnes tangit : Transnational Constitutions Without Democracy?*, disponible à l'adresse <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088>, consulté le 19/01/2023, où l'auteur travaille avec une bibliographie exhaustive.

tandis que la vision d'un ordre international fondé sur la souveraineté des États, prônée notamment par la Chine, a refait surface. Enfin, l'invasion de l'Ukraine par la Russie en février 2022 aurait porté un coup sévère à l'idée d'un ordre mondial³¹².

Cependant, en ce qui concerne la légitimité démocratique des organisations internationales, Teubner lui-même rappelle qu'il est dans l'intérêt de ces institutions d'affronter leurs problèmes de légitimité, car elles dépendent, dans une large mesure, de la coopération volontaire de leurs membres – même s'il existe, bien sûr, des mécanismes de persuasion. De cette manière, les organisations internationales doivent générer leur propre légitimité pour être en mesure de mettre en œuvre leurs règles, d'autant plus que leur capacité à résoudre efficacement les problèmes dépend de leur acceptation en tant qu'acteurs légitimes aux yeux des parties prenantes³¹³. N'oubliez pas non plus que les propositions qui conduiraient à un affaiblissement significatif de l'Union européenne ont de moins en moins de soutien, comme, par exemple, ce que l'on appelle le *Frexit*, c'est-à-dire la sortie de la France du bloc, une proposition qui a été officiellement abandonnée par la candidate Marine Le Pen avant même les élections présidentielles en France en 2022.

Dans le même sens, le mouvement des États-Unis sous l'administration Trump, évoqué par Chevallier, de se replier « sur eux-mêmes au nom de *America First*, en se désengageant des contraintes du multilatéralisme et en se retirant de certains mécanismes de coopération internationale » a également été assez relativisé dans l'administration de Joe Biden. Qu'il suffise de mentionner, dans cette veine, que déjà en 2021, les États-Unis ont officiellement rejoint l'accord de Paris sur le climat. Le retrait des États-Unis de l'accord avait été l'une des principales mesures prises sous l'administration Trump en ce qui concerne l'affaiblissement des mécanismes de coopération internationale. Même si, peu de temps après sa nouvelle investiture, en janvier 2025, Trump a signé un décret présidentiel pour, une fois de plus, retirer les États-Unis du traité, cela ne peut pas être considéré comme un mouvement cohérent de la politique étrangère américaine, mais plutôt comme un mouvement au sein d'une série de postures erratiques d'un certain dirigeant – ce qui s'inscrit, en fait, à la perspective du chaos explicitée au début de cette thèse.

³¹² CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 41.

³¹³ TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit : Transnational Constitutions Without Democracy?*, disponible à l'adresse <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088>, consulté le 19/01/2023, p. 2. En ce sens, voir aussi TEUBNER, Gunther. *Fragments constitutionnels : constitucionalismo social na globalização*. São Paulo : Saraiva, 2016, en particulier les réflexions développées au chapitre IV.

On peut donc se demander si nous assistons à une résurgence des États-nations ou simplement à une nouvelle manifestation du chaos – ou, dans une perspective plus traditionnelle, de la crise – des démocraties modernes. En ce sens, David Runciman soutient que le *Brexit* et la première élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis sont des conséquences directes de la crise économique de 2008, ainsi que des mesures qui ont été prises pour en atténuer les effets. Runciman dit que ce qui s'est passé en 2008 a changé la dynamique de la démocratie occidentale. Quelques années après le pic de la crise économique, la conviction que personne n'avait été puni par la quasi-calamité – et, de plus, que ceux qui auraient dû être punis gagnaient plus d'argent que jamais auparavant – nécessitait une réponse. Les mesures prises par les gouvernements ont permis d'éviter des conséquences pires pour l'économie, mais elles ont également protégé les responsables. La réponse est donc venue des votes qui ont élu Trump et décidé de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Malgré les circonstances et les conséquences différentes de ces deux processus, ils ont ceci en commun : ils ont été des occasions pour un nombre suffisamment important de personnes de se rendre compte que la crise n'était pas terminée pour eux. En conséquence, ils ont eux-mêmes produit une nouvelle crise³¹⁴.

Si les évolutions auxquelles nous avons assisté ces dernières années dans les relations internationales éloignent la réalité actuelle du modèle d'un « monde sans frontières » et sans limites géographiques, envisagé par Rodotà, il semble également indiscutable que nous n'assistons pas à la résurrection d'une conception quasi absolue de la souveraineté. Il est très peu probable que les États-nations cessent d'exister ou même perdent leur pertinence dans le scénario international, mais leur capacité d'action et même leur légitimité dans le contexte mondial sont très différentes de ce qui existait jusqu'au milieu du XXe siècle. Ces différences sont profondément liées à d'autres transformations qui se sont produites au sein des États et qui ont radicalement modifié les relations sociales en leur sein.

3.3.1.2. L'impact de la crise de la représentation

L'une des principales facettes de la crise de l'État moderne est ce que Jacques Chevallier appelle la crise de représentation, qui se caractérise par l'érosion du capital de confiance qui entoure les représentants. Il affirme qu'« en l'absence de ce lien de confiance,

³¹⁴ RUNCIMAN, David. *Le piège de la confiance : une histoire de la démocratie en crise de la Première Guerre mondiale à nos jours*. Princeton : Princeton University Press, 2017, p. 336.

essentiel au bon fonctionnement du système représentatif, c'est toute la dynamique des transactions politiques qui s'effondre »³¹⁵. Sans cette relation, le lien politique est rompu, ce qui rend impossible d'avoir une norme minimale d'acceptation de la démocratie représentative, puisque la méfiance n'affecte pas seulement les politiciens élus, mais les pouvoirs étatiques qu'ils représentent.

Certains facteurs ont contribué de manière décisive à cette crise. La première était l'incapacité des représentants à répondre aux attentes des citoyens. Cette incapacité est liée à l'éloignement croissant des politiciens par rapport au reste de la société. Selon Chevallier, les politiciens sont considérés comme corrompus par 77 % des citoyens européens et 79 % des Américains³¹⁶. À la multiplication des scandales de corruption dans plusieurs pays du monde s'ajoutent les soi-disant « mensonges d'État » – comme, par exemple, les fausses allégations de l'existence d'armes de destruction massive dans des territoires qui ont été la cible d'attaques de puissances internationales – et la mise en œuvre de procédures de manipulation de l'opinion publique.

Il est évident que divers types de procédures de manipulation de l'opinion publique ont déjà été mis au point et exécutés, et que les médias de masse, tels que la radio et la télévision, ont été utilisés dans divers scénarios tout au long du XXe siècle. Par exemple, l'importance de la radio pour la propagande nazie en Allemagne dans les années 1930 et tout au long de la Seconde Guerre mondiale est bien connue. Il y avait, en effet, une politique gouvernementale pour faciliter l'accès aux postes de radio, notamment par le biais du *Volksempfänger*, ou « récepteur du peuple », un équipement moins cher dont le premier modèle a été lancé quelques mois après l'arrivée au pouvoir d'Hitler, en 1933.

En ce qui concerne la télévision, Giovanni Sartori a fait, toujours dans les années 1990, une construction pertinente sur le rôle de ce qu'il appelle la « vidéo-politique » dans les systèmes démocratiques libéraux. Le penseur italien rappelle que la démocratie a souvent été définie comme un gouvernement d'opinion, mais qu'aujourd'hui, le « peuple souverain 'donne son opinion' principalement à cause de la façon dont la télévision l'incite à donner ses opinions ». La télévision exercerait ainsi une forte influence sur l'ensemble du processus politique et pourrait être perçue à différents niveaux, y compris le processus électoral. Cette

³¹⁵ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 213.

³¹⁶ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 215.

influence irait du choix des candidats et de la façon dont la bataille électorale se développe au résultat lui-même, c'est-à-dire à la victoire des élus³¹⁷.

Sartori soutient que, pour que la démocratie représentative existe et fonctionne, il suffit que le public ait ses opinions. Rien de plus, et c'est un aspect fondamental, *rien de moins*. Donc, pour qu'une opinion publique autonome soit constituée, qui soit vraiment du public, cette opinion doit être exposée à des flux d'informations sur l'État et sur les affaires publiques. S'il était trop fermé et préconçu en ce qui concerne l'avancement de la *res publica*, alors il ne serait pas utile. D'autre part, plus l'opinion publique est ouverte et exposée à des flux d'informations exogènes – qui sont fournis par le pouvoir politique lui-même ou par des instruments d'information de masse – plus le risque de manipuler cette opinion est grand. Ainsi, *la vidéocratie* fabriquerait une opinion solidement hétérodirigée, qui renforce apparemment, mais qui, en substance, vide la démocratie en tant que gouvernement d'opinion. Cela se produit parce que la télévision se présente comme le représentant d'une opinion publique qui, en réalité, est l'écho de sa propre voix³¹⁸.

Même si l'on considère le rôle fondamental que la radio et la télévision ont joué et, dans une certaine mesure, qu'elles ont encore, on peut dire que les nouvelles technologies, en particulier l'informatique, ont révolutionné les stratégies utilisées pour recueillir le vote démocratique. Grâce aux technologies de l'information, les partis politiques peuvent concevoir des campagnes directement liées aux attentes des futurs électeurs. Les ordinateurs permettent l'élaboration d'une quantité inimaginable de données et d'informations par rapport aux époques précédentes, et facilitent la réalisation d'enquêtes électorales, de sondages et de simulations. De cette façon, les propositions politiques peuvent être adressées au public, en faisant l'objet de modifications et d'adaptations successives, car les moyens informatiques et télématiques permettent de traiter rapidement les réactions des citoyens par rapport à ces programmes et propositions préparés par les parties³¹⁹.

³¹⁷ SARTORI, Giovanni. *Homo videns : la sociedad teledirigida*. Buenos Aires : Taureau, 1998. p. 66. Suivant un chemin différent, mais analogue en plusieurs points, va BOURDIEU, Pierre. *Sur la télévision*. Paris : Éditions Raisons d'Agir, 1996. En fait, Bourdieu concentre sa critique sur l'activité journalistique, mais affirme, au début de l'œuvre, qu'il considère que la télévision expose à un grand danger les différentes sphères de la production culturelle, de l'art, de la littérature, de la science, de la philosophie et du droit, ainsi que de la vie politique et de la démocratie.

³¹⁸ SARTORI, Giovanni. *Homo videns : la sociedad teledirigida*. Buenos Aires : Taureau, 1998. p. 70 à 72.

³¹⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teledemocracia, ciberciudadania y derechos humanos*. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 4, n. 2, 2014, p. 14. Il est important de souligner que Pérez Luño ne considère pas l'utilisation des nouvelles technologies comme quelque chose de nécessairement négatif – on peut même dire que ses réflexions sont principalement optimistes. Cependant, il développe un argumentaire mettant en

Un autre facteur constamment cité comme central dans la crise de la représentation des sociétés démocratiques est précisément le protagonisme abusif donné aux partis dans le processus politique. Les partis politiques sont devenus, dans un régime quasi monopolistique, les principaux acteurs de la vie politique démocratique. Souvent, les partis opèrent en marge des préoccupations, des besoins et des attentes des citoyens, se transformant en machines bureaucratiques, dépourvues de démocratie interne et dirigées vers la création de directions, et, par conséquent, pour structurer le culte personnaliste et hégémonique de leurs dirigeants. Sont également considérées comme des violations du principe de la représentation démocratique l'expérience, qui n'est pas tout à fait rare, de partis qui concluent des « pactes *contre nature* », c'est-à-dire qui forment des alliances parlementaires pour des raisons de commodité et au détriment flagrant de leur idéologie, ainsi que le non-respect systématique de leurs propres programmes électoraux, ce qui est perçu comme une trahison par les électeurs qui souhaitaient soutenir par leur vote des options ou des mesures politiques spécifiques et déterminées. Tout cela aboutit, selon Pérez Luño, à une regrettable « colonisation » de la société civile par les partis politiques : la démocratie se transforme en partiocratie. Dans le débat actuel sur la crise de la représentation politique, on fait valoir que le système de démocratie indirecte a contribué à limiter abusivement la participation politique. Seuls les militants actifs des partis ou, plus précisément, leurs cadres et dirigeants, bénéficient de véritables quotas d'intervention en politique³²⁰.

Les comportements électoraux ont également changé. L'élection est, bien sûr, un moment crucial dans le fonctionnement du système représentatif. Moyen privilégié d'identification collective, l'acte de voter témoigne également du degré d'adhésion des citoyens à ce type de système. Cependant, l'augmentation de l'abstention est un phénomène large, comme on l'observe en Europe lors de l'analyse des élections législatives. Bien que la participation soit élevée dans les pays d'Europe du Nord, ainsi qu'en Allemagne (76,6 % en 2021), en Italie (72,9 % en 2018), au Royaume-Uni (67,6 % en 2019), dans les pays d'Europe de l'Est, le taux d'abstention n'a cessé d'augmenter après l'enthousiasme électoral initial généré par la chute du communisme. L'abstention a atteint des niveaux records en France à chaque élection à partir du début des années 2000 (jusqu'à 69,81 % lors du référendum du 24 septembre 2000 sur l'introduction du quinquennat). Le taux était de 26,31 % au premier tour

évidence les risques et les potentialités des différents modèles d'utilisation des nouvelles technologies dans la vie politique.

³²⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Télé démocratie, cybercitoyenneté et droits de l'homme*. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 4, n. 2, 2014, p. 22.

des élections présidentielles de 2022, de 52,49 % au premier tour des élections législatives de 2022, de 66,72 % aux élections régionales de 2021 et de 55,25 % aux élections municipales de 2020. Il faut aussi tenir compte de l'augmentation des votes blancs ou nuls, un phénomène qui touche particulièrement les jeunes générations (70 % pour les 17-34 ans), faisant craindre une nouvelle expansion à l'avenir. Cette abstention croissante est le signe tangible d'une perte de confiance dans les représentants et, plus généralement, d'un manque d'intérêt pour le système représentatif³²¹.

Dans le cas de la France, les élections législatives de 2024 ont marqué une rupture dans cette tendance à l'abstention, enregistrant une augmentation significative de la participation par rapport au scrutin précédent. Cependant, ce fait est directement lié à la possibilité réelle de victoire du Rassemblement national, largement médiatisée avant les élections, qui a généré une grande mobilisation de l'électorat français pour empêcher un parti considéré par la majorité comme d'extrême droite d'arriver au pouvoir. Il est donc clair que cette augmentation de la participation ne va pas à l'encontre de l'idée d'une crise de représentation, elle ne fait que présenter un autre aspect de cette crise, qui est la montée du populisme et de l'extrémisme politique.

Un autre élément très important est le développement de l'instabilité électorale. Le vote dépend désormais moins d'orientations politiques stables, liées à la position sociale ou à l'identification à un parti, que d'une logique d'arbitrage individuel. Comme le rappelle Chevallier, l'électeur individualiste se comporte de plus en plus comme un « consommateur » exigeant, dont le choix dépend du contenu de l'offre politique et des conditions dans lesquelles les campagnes sont menées. L'augmentation du vote protestataire reflète également l'insatisfaction croissante générée par le fonctionnement du système politique. Elle est aussi intimement liée à un écho nouveau trouvé par les discours populistes qui, exaltant la figure du peuple contre celle des représentants, entendent réévaluer les fondements de la démocratie libérale :

Récurrentes dans les pays d'Amérique latine, les poussées populistes se sont traduites en Europe par la montée de partis d'extrême-droite (France, Autriche, Danemark, Suède, Pays-Bas, Belgique...) qui occupent désormais une place de choix dans le champ politique, voire accèdent à l'exercice du pouvoir (Italie, 2022) ; De plus, si c'est la marque de certains partis, la rhétorique populiste tend à se diffuser

³²¹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 217.

dans tout le champ politique, partis et gouvernants de tous bords tendant à s'y référer pour conforter une assise politique devenue friable³²².

Un autre phénomène connexe est l'instrumentalisation de la citoyenneté afin d'exclure certaines personnes ou certains groupes, comme l'a souligné Pérez Luño. Dans certains pays, les pouvoirs politiques nationalistes imposent une vision fermée de l'identité nationale et du lien d'appartenance politique, excluant une partie substantielle de la population. Ces nationalismes sont responsables d'une sorte d'« exil intérieur », faisant que de nombreux citoyens se sentent étrangers dans leur propre pays et servant souvent de justification à l'utilisation de la violence³²³.

Cette crise de la représentation politique s'illustre par la promotion de nouveaux acteurs. Le recours à des experts, pour éclaircir le sens des décisions à prendre, pour énoncer des solutions viables et rechercher des moyens de parvenir à un consensus, ainsi que la mise en place d'autorités de régulation indépendantes pour assurer une meilleure protection des libertés et arbitrer les intérêts en jeu, révèlent une sorte d'humilité nouvelle en politique. La légitimité électorale dont les élus sont fiers subit aujourd'hui la concurrence d'autres types de légitimité – comme, par exemple, la légitimité découlant d'une prétendue impartialité, réflexivité voire proximité, comme, en l'occurrence, dans les processus de participation populaire directe – d'où la question de la coexistence et de l'articulation de ces acteurs, placés dans un contexte d'interaction mutuelle³²⁴.

L'abus de confiance que représente la crise de la représentation, associé au fait que, dans les sociétés contemporaines, le processus démocratique est circonscrit par des règles juridiques – capables, en théorie, de protéger le peuple des abus de ceux qui les représentent – puisque les représentants fondent leur pouvoir sur la Constitution, qui fixe les limites de leurs compétences, a donné une importance croissante aux mécanismes juridiques. Il s'agit d'un changement profond de la logique démocratique : « au nom d'une conception toujours plus exigeante de l'État de droit, la démocratie se transforme en « démocratie juridique », fondée sur ce culte du droit que l'on trouve dans les autres sphères de la société ».³²⁵ En effet,

³²² CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 218.

³²³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadani@ le ciudadani@.com ?*. Barcelone : Gedisa, 2004, p. 42.

³²⁴ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 216.

³²⁵ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 226.

Chevallier souligne que l'État de droit est devenu, depuis les années 1980, une *norme*, étant l'une des principales références du discours politique. Déjà au début des années 1990, il faisait l'objet d'une « reconnaissance internationale : explicitement incorporé dans une série de textes et de documents internationaux, il bénéficie d'un processus *de labellisation* qui lui confère une nouvelle pertinence ». L'État de droit s'est alors transformé en une sorte de sceau de garantie nécessaire au niveau international, faisant de lui l'un des piliers du nouvel ordre international, avec la démocratie et les droits de l'homme, dont il forme une image dont les éléments sont considérés comme indivisibles³²⁶.

Mais la promotion de l'État de droit n'est pas seulement liée à la perte de confiance dans les représentants. Elle est étroitement liée à l'accent mis sur l'individu et sur la défense de ses droits contre la « dictature » de la majorité. En d'autres termes, le renforcement de l'idée de l'État de droit est lié à la croissance de l'individualisme, à la défense de chaque personne non seulement contre un État dirigé par des politiciens qui ne sont plus dignes de confiance, mais aussi contre la majorité sociale, même si elle est légitimement représentée dans les institutions démocratiques.

La démocratie suppose l'existence d'une communauté politique, c'est-à-dire le fait que les individus qui composent la société peuvent se reconnaître et s'identifier par référence à des valeurs communes. C'est cette communauté qui soutient l'institution du pouvoir et fonde sa légitimité, c'est elle qui rend possible l'intégration sociale, en dépassant les différences et les particularismes. Le lien politique repose sur une idée large d'appartenance, qui se connecte aux racines de l'identité individuelle et collective, reflétées dans le concept de citoyenneté, sur lequel le lien politique dans le monde occidental s'est construit. La citoyenneté unit les différents éléments constitutifs de la société et lui permet de rester cohésive. Cependant, ces idées de communauté politique et de citoyenneté sont de plus en plus fragiles, ce qui contribue à saper les fondements du pouvoir politique. L'explosion de l'individualisme, en premier lieu, remet en question l'équilibre délicat entre l'espace démocratique et la sphère de l'autonomie individuelle. La logique de l'épanouissement individuel, qui non seulement domine la vie privée, mais détermine aussi les formes d'investissement dans l'action collective, pose le problème des liens sociaux et politiques en termes nouveaux, et détermine

³²⁶ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 227-229.

une rediscussion de la gouvernabilité dans les sociétés où la vision collective de la politique est en déclin³²⁷.

Pérez Luño va jusqu'à mentionner que de nombreux juristes, économistes et philosophes se penchent actuellement sur ce qu'ils considèrent comme le *cadavre* de l'État-providence, ce qui aurait pour conséquence la fin des conditions de citoyenneté qui ont émergé en son sein³²⁸. Ce n'est pas une autre raison pour laquelle Chevallier situe le succès obtenu par le thème de l'État de droit comme « intimement lié à la crise de l'État-providence ». L'individualisme, qui était l'une des caractéristiques déterminantes de la modernité, avait perdu de sa force avec la croissance de l'État-providence. Cependant, l'affaiblissement de celui-ci a culminé dans la résurgence de l'individualisme, qui, à son tour, a contribué de manière décisive à la centralité du thème des droits fondamentaux, en particulier du point de vue des droits individuels. Ainsi, avec le passage « à une conception substantielle, la hiérarchie des normes a été, en fait, mise au service de la protection d'un ensemble de droits, dits 'fondamentaux', qui, par ce moyen, sont placés hors de portée du domaine politique ». L'inscription de ces droits dans des textes de valeur juridique supérieure, constitutionnelle et internationale, les a explicitement consacrés.³²⁹

Il est évident que l'accent mis sur les droits fondamentaux est lié au garantisme, en particulier au garantisme pénal, puisque les droits garantis à l'accusé dans toute enquête ou procédure pénale ont un aspect clair de droits individuels, les droits dits de première génération ou dimension, puisqu'ils représentent des droits négatifs du citoyen par rapport à l'État ou, en d'autres termes, le droit de limiter le pouvoir de l'État par rapport à l'individu. Nous ne prétendons pas ici que la reconnaissance de l'importance de garantir les droits de l'accusé est apparue avec la crise de l'État-providence, mais seulement que cette crise a apporté un nouveau regard sur la question, en mettant davantage l'accent sur les droits individuels, parmi lesquels figurent les garanties pénales.

Un autre aspect de l'État de droit est que l'activité de tous les organes et entités de l'État est régie par des normes juridiques, dont le respect est garanti par la possibilité d'intervention d'un juge. Cela signifie une limitation évidente de l'autorité des élus, puisqu'ils doivent se soumettre aux diktats constitutionnels, ainsi qu'aux règles qu'ils ont eux-mêmes

³²⁷ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 221.

³²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadani@ le ciudadani@.com?.* Barcelone : Gedisa, 2004, p. 34.

³²⁹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 233.

établies. Partout en Occident, le juge constitutionnel est devenu, quel que soit le système de contrôle adopté, un acteur profondément intégré dans le jeu politique, influençant les équilibres institutionnels de manière de plus en plus claire. Selon Chevallier, ce rôle joué par le juge constitutionnel « est désormais considéré non seulement comme un mécanisme correctif, mais comme un élément d'approfondissement de l'exigence démocratique ». Le juge constitutionnel existe pour contrebalancer la loi de la majorité en respectant les normes juridiques supérieures, apparaissant comme le défenseur des droits des citoyens contre d'éventuels abus de la part des élus³³⁰. Il est important de souligner que le prestige de ces magistrats s'inscrit dans un mouvement plus large, de réévaluation des formes de démocratie – étant donc indissociable de la crise de la représentation. Cela signifie que la légitimité des élus est, désormais, concomitante à la légitimité à d'autres titres, par d'autres formes d'investiture des agents publics.

Ce mouvement a dépassé les limites de la juridiction constitutionnelle, provoquant une profonde transformation des relations entre le droit et la politique à partir des années 1990. Selon Chevallier, il n'y a pas eu exactement un changement soudain. À la fin des années 1960, en particulier en Italie et en France, les questions posées sur le contenu de la loi et le rôle du juge ont contribué au développement de nouvelles pratiques judiciaires, conduisant une partie des magistrats engagés – les juges dits rouges – à entrer en conflit avec le pouvoir politique. Cette fois, cependant,

Une autre étape a été franchie à partir du moment où, au nom de la lutte contre la corruption, des magistrats se sont mais cette fois à traquer les pratiques de corruption politique, en n'hésitant pas à mettre directement en cause les élus. Ce basculement est évidemment inséparable du mouvement plus général, précédemment évoqué, de transfert à la justice de la responsabilité de réguler les conflits sociaux de tous ordres.³³¹

Ce mouvement suscitera cependant de vives oppositions : « on dénoncerait même le ‘coup d'État des juges’ qui, protégés par l'immovibilité et l'irresponsabilité, chercheraient à imposer leur suprématie ».³³² Il est donc possible de vérifier que l'activisme judiciaire, ainsi

³³⁰ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 234.

³³¹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 235.

³³² CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6e éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 237.

que l'accent mis sur le garantisme pénal, sont étroitement liés au contexte de la crise de la représentation et de la croissance du pouvoir judiciaire. S'il ne faut pas confondre judiciarisation de la politique et activisme judiciaire, il est clair que le contexte qui a donné naissance à la première a fini par laisser place au second, l'un et l'autre étant ainsi liés, sur le plan analytique, à la crise de l'État.

3.3.2. La position des traités relatifs aux droits de l'homme au Brésil

Après avoir présenté, de manière générale, le processus de construction internationale des traités relatifs aux droits de l'homme et leur impact sur les phénomènes étudiés, il est nécessaire d'analyser l'interprétation qui est faite en droit brésilien de ces pactes. N'oublions donc pas que ce thème occupe une place centrale dans la révision de la notion traditionnelle de souveraineté – et, par conséquent, de la notion même d'État. Au-delà de toute tentative d'utilisation pragmatique du thème, il est nécessaire de comprendre la logique de la protection nationale et internationale de ces droits.

3.3.2.1. Le contraste entre la position doctrinale et la compréhension établie au STF

Les constitutions contemporaines ont tendance à adopter une ouverture expansionniste, englobant les droits de l'homme prévus dans les traités internationaux. Ce phénomène peut se produire implicitement – par la simple acceptation de l'efficacité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme signés par les représentants des États – ou, comme dans le cas du Brésil, expressément. En effet, la Constitution fédérale de 1988 dispose, au paragraphe 2 de l'article 5, que « les droits et garanties exprimés dans la présente Constitution n'excluent pas d'autres droits découlant du régime et des principes adoptés par celle-ci, ou des traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil est partie ». Cette disposition, présente dans le texte original de la Constitution fédérale de 1988, a conduit de nombreux auteurs à défendre la thèse selon laquelle tous les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme incorporés dans l'ordre juridique brésilien auraient le *status* de normes constitutionnelles.

Dans le même ordre d'idées, Flávia Piovesan fait valoir que, à la lumière des dispositions de l'article 5, paragraphe 2, de la Charte de 1988, les droits fondamentaux peuvent être organisés en trois groupes distincts : a) les droits exprimés dans la Constitution fédérale ; b) celui des droits implicites, découlant du régime et des principes adoptés par la

Constitution ; et c) les droits exprimés dans les traités internationaux auxquels le Brésil est partie. Ainsi, l'auteur susmentionné affirme que la Constitution de 1988 a innové en incluant, parmi les droits protégés par la Constitution, les droits énoncés dans les traités internationaux dont le Brésil est signataire : « en procédant à une telle incorporation, la Charte attribue aux droits internationaux une hiérarchie spéciale et différenciée, c'est-à-dire celle de la norme constitutionnelle ».³³³

Cette position s'est essoufflée avec l'incorporation du paragraphe 3 à l'article 5 de la Constitution, par le biais de l'amendement constitutionnel 45/2004, qui dispose désormais que « les traités et conventions internationaux relatifs aux droits de l'homme qui sont approuvés, dans chaque chambre du Congrès national, à deux tours, par les trois cinquièmes des voix de leurs membres respectifs, sont équivalents à des amendements constitutionnels ». C'est ainsi qu'a été créé un régime spécifique pour l'incorporation des traités relatifs aux droits de l'homme dans l'ordre constitutionnel brésilien.

Ce changement n'a cependant pas fait abandonner aux doctrinaires la thèse de la hiérarchie constitutionnelle des normes prévues dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Au contraire, beaucoup ont continué de faire valoir que tous les traités relatifs aux droits humains dont le Brésil est signataire et qui ont été intégrés dans notre système juridique sont des normes constitutionnelles essentielles, quel que soit le quorum d'approbation auquel ils ont été soumis au Congrès national. La différence ne résiderait que dans le fait que les traités approuvés dans chaque chambre du Congrès national, à deux tours, par les trois cinquièmes des voix des membres respectifs, seraient formellement des normes constitutionnelles.

En ce sens, Valério Mazzuoli affirme que, techniquement, les traités internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par le Brésil ont déjà le statut de normes constitutionnelles, en vertu des dispositions du § 2 de l'art. 5 de la Constitution, car, si la Constitution n'exclut pas les droits de l'homme découlant des traités, on peut conclure qu'elle les inclut elle-même dans son catalogue de droits protégés, en élargissant son « bloc de constitutionnalité » et en leur attribuant la hiérarchie de la norme constitutionnelle. Mazzuoli exclut, déjà dans son point de départ, l'interprétation de certains auteurs, selon laquelle les traités relatifs aux droits de l'homme qui ne sont pas approuvés de la manière prévue au paragraphe 3 de l'article 5 de la Constitution seraient hiérarchiquement équivalents au droit fédéral ordinaire, puisqu'ils n'auraient été approuvés qu'à la majorité simple et non au quorum

³³³ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, disponible à l'adresse <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>, consulté le 10/01/2024, p. 8.

imposé par le paragraphe susmentionné. Il conclut donc que « le quorum établi par le paragraphe 3 de l'article 5 ne sert qu'à attribuer à ces traités un caractère formel dans notre ordre juridique interne, et non à leur attribuer le caractère et le niveau matériellement constitutionnels qu'ils ont déjà en vertu du paragraphe 2 de l'article 5 de la Constitution ».³³⁴

Il ajoute également que, bien que l'article 5, paragraphe 3, de la Constitution ait apparemment eu un objectif louable, il s'est avéré être une disposition incongrue. Si l'objectif était de « mettre fin aux controverses (doctrinales et jurisprudentielles) sur le niveau hiérarchique des traités des droits de l'homme au Brésil, il semble qu'un tel desideratum n'ait pas été atteint ». Mazzuoli dit qu'il a également toujours compris la nécessité de modifier le texte constitutionnel brésilien, dans le but d'éliminer les débats sur le degré hiérarchique conféré par la Constitution aux traités internationaux des droits de l'homme ratifiés par le Brésil. Cependant, la proposition qu'il a défendue était très différente de celle adoptée par l'amendement constitutionnel 45/2004, en ce sens que les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, une fois ratifiés, devraient être automatiquement incorporés dans l'ordre interne brésilien avec une hiérarchie constitutionnelle. De cette façon, il entendait inclure dans notre Magna Carta non pas une disposition qui hiérarchise les traités relatifs aux droits de l'homme, mais plutôt une disposition qui renforce le sens du paragraphe 2 de l'article 5, en lui donnant une « véritable interprétation authentique ».³³⁵

Sur ce point, Cançado Trindade a présenté, à l'époque, une critique sévère, qualifiant l'amendement constitutionnel 45/2004 de « naïve et pathétique ». Selon cet auteur, l'amendement susmentionné :

Mal conçu, mal rédigé et mal formulé, il représente un recul regrettable par rapport au modèle ouvert consacré à l'article 5, paragraphe 2, de la Constitution fédérale de 1988. Par rapport aux traités précédemment approuvés, cela crée un imbroglio qui plaît beaucoup à nos publicistes statocentriques, insensibles aux besoins de protection des êtres humains. Par rapport aux traités à approuver, cela crée la possibilité d'une différenciation qui plaît tant à nos publicistes à courte vue, si peu familiers - ainsi qu'aux parlementaires qui les écoutent - avec les réalisations du droit international des droits de l'homme. Ce recul provincial met en péril l'interrelation ou l'indivisibilité des droits protégés dans notre pays (prévus dans les traités qui le lient), les menaçant de fragmentation ou d'atomisation, au profit des excès d'un formalisme juridique et d'un hermétisme teinté d'obscurantisme. Les triomphalistes du récent amendement constitutionnel 45/2004 ne se rendent pas compte que, du point de vue du droit international, un traité ratifié par un État le lie

³³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 3e éd. São Paulo : RT, 2009, p. 764.

³³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 1. Ed dans e-book basé sur le 4. Édition imprimée. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, partie II, chap. 1.

de plein droit, en s'appliquant immédiatement, qu'il ait préalablement obtenu l'approbation parlementaire à la majorité simple ou qualifiée. De telles mesures d'ordre interne, ou encore moins d'un corpus interne, sont de simples faits du point de vue de l'ordre juridique international, c'est-à-dire qu'elles sont, du point de vue du droit international, totalement dénuées de pertinence³³⁶.

Dans le même sens, Flávia Piovesan rejette l'idée que, compte tenu du paragraphe 3 de l'article 5, tous les traités relatifs aux droits de l'homme déjà ratifiés seraient acceptés comme loi fédérale, puisqu'ils n'auraient pas obtenu le quorum qualifié des trois cinquièmes prévu par le texte constitutionnel. Elle rappelle que les traités de protection des droits de l'homme ratifiés avant l'amendement constitutionnel 45/2004 disposaient d'une large majorité à la Chambre des députés et au Sénat fédéral, dépassant, dans la plupart des cas, le quorum des trois cinquièmes des membres de chaque chambre. Cependant, ils n'ont pas été approuvés à deux tours de scrutin, car il n'y avait évidemment aucune disposition pour la procédure à deux tours. Elle dispose également que tous les traités relatifs aux droits de l'homme, quel que soit le quorum qu'ils ont pour être approuvés, sont matériellement constitutionnels, en vertu du paragraphe 2 de l'article 5, et constituent donc le bloc de constitutionnalité. Le quorum qualifié ne ferait que renforcer cette nature, en assurant la « constitutionnalisation formelle » des traités relatifs aux droits de l'homme dans le cadre juridique national³³⁷.

Dans le domaine jurisprudentiel, en revanche, il y a eu une consolidation de la compréhension du STF lorsqu'il a jugé, le 3 décembre 2008, l'appel extraordinaire 466.343-SP, qui mettait en doute la possibilité d'appliquer l'emprisonnement civil au fiduciaire infidèle en vue du Pacte de San José de Costa Rica. À l'époque, la majorité des juges a suivi l'opinion du juge Gilmar Mendes, qui considérait les traités relatifs aux droits de l'homme comme des normes supra-légales, étant donc inférieures à la Constitution, mais au-dessus des lois infraconstitutionnelles.

Bien que la position de la Cour suprême ait été définie, l'arrêt susmentionné n'a pas mis fin à l'agitation dans le domaine doctrinal. La plupart des auteurs qui ont défendu le caractère matériellement constitutionnel de tous les traités relatifs aux droits de l'homme signés par le Brésil n'ont pas changé de position et s'attendent à un changement jurisprudentiel de la Cour suprême.

³³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI., In CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (éd.), *Desafios do direito internacional contemporâneo*, Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 209, note n. 6.

³³⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 19.

José Luis Bolzan de Moraes, par exemple, dans son ouvrage *Les crises de l'État et de la Constitution et la transformation spatio-temporelle des droits de l'homme*, après s'être référé à l'insertion du paragraphe 3 dans l'article 5 de la Constitution fédérale, par le biais de l'amendement constitutionnel 45/2004, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour suprême qui a qualifié les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme de normes supra-juridiques, affirme qu'il est nécessaire de percevoir le caractère novateur de la norme prévue au paragraphe 2 de l'article 5, qui la constitue « comme une clause constitutionnelle ouverte, puisqu'on peut en déduire l'hypothèse qui repose sur la perspective qu'elle attribuerait le caractère d'une norme constitutionnelle aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ». ³³⁸ Il le fait sur la base d'une interprétation téléologique et systématique du texte de 1988, qui considère la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux comme des axiomes du phénomène constitutionnel, liés à la légitimité matérielle de la Constitution.

Cependant, la compréhension du STF s'est consolidée, à ce jour, dans le sens où les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme qui n'ont pas été approuvés selon une procédure analogue à celle des amendements constitutionnels sont des normes supra-légales ³³⁹.

3.3.2.2. Double contrôle

Il est essentiel, à ce stade, de placer la question sous le prisme du droit international des droits de l'homme. La pratique répétée des tribunaux internationaux est de considérer les normes internes – même les normes constitutionnelles – comme de « simples faits », qui expriment la volonté de l'État. Même le caractère juridique de ces normes n'est pas reconnu.

³³⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*. 2e éd. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 117.

³³⁹ Il convient de noter que ce n'était pas la position de tous les juges de la Cour suprême. Dans le même arrêt dans lequel la position actuelle du STF a été définie, le juge Celso de Mello a réévalué sa propre compréhension, explicitée dans des jugements précédents, de la hiérarchie des traités relatifs aux droits de l'homme, pour soutenir l'existence d'un régime juridique mixte, fondé sur la distinction entre les traités traditionnels et les traités relatifs aux droits de l'homme, en conférant une hiérarchie constitutionnelle à ces derniers. En ce sens, il a fait valoir que les motifs invoqués dans cet arrêt me convainquent cependant de la nécessité de distinguer, dans le but de définir sa position hiérarchique face à l'ordre positif interne, entre les conventions internationales relatives aux droits de l'homme (revêtues de « supra-légalité », comme le soutient l'éminent juge Gilmar Mendes, ou imprégnées d'un caractère constitutionnel, comme je suis enclin à le reconnaître) et les traités internationaux relatifs aux autres matières (y compris le tout dans une stricte perspective de parité normative avec les lois de droit commun). (...) Il convient toutefois de noter, comme cela a été souligné précédemment, les conventions internationales relatives aux droits de l'homme signées avant l'avènement du règlement CE n° 45/2004, puisque, en ce qui les concerne, le paragraphe 2 de l'article 5 de la Constitution s'applique, ce qui leur confère un caractère constitutionnel matériel, favorisant leur intégration et les subsumant sous la notion même de bloc de constitutionnalité.

En effet, le droit international a ses propres sources normatives, indépendantes, en règle générale, des sources internes des États³⁴⁰. Ainsi, le droit interne ne sera utilisé que s'il existe une référence prévue dans la norme internationale..

En fait, il n'est pas difficile de voir qu'il serait pratiquement impossible de concilier toutes les sources normatives de tous les États qui composent les organisations internationales, et même les normes créées au niveau international, à moins qu'une hiérarchie rigide ne soit établie entre eux – ce qui, même alors, ne résoudrait pas tous les problèmes. En outre, les lois d'un pays, ainsi que ses actes administratifs et ses décisions judiciaires, représentent certainement la volonté de ce pays, surtout lorsqu'elles sont créées ou publiées conformément aux règles de procédure prévues dans son système juridique.

Cependant, selon André de Carvalho Ramos³⁴¹, il n'y a pas d'incompatibilité entre le système juridique interne et le système international de protection des droits de l'homme. Ces droits sont, en effet, protégés par un « double contrôle », dans lequel la validité de toute norme doit être appréciée à la fois sur la base de la Constitution, la Cour suprême étant son gardien, et par rapport aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, le dernier mot, dans ce cas, revenant aux tribunaux internationaux.

Lorsque, par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme tranche une question différemment de la décision de la Cour suprême, elle le fait sur la base d'un paramètre différent de la décision du STF. Il est évident que la Cour suprême nationale prend également en compte dans ses arrêts les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme incorporés dans notre système juridique, *précisément* parce qu'ils font déjà partie de notre système juridique. Toutefois, elle les considère comme des normes supra-légales, à

³⁴⁰ André de Carvalho Ramos cite la décision historique de la Cour permanente de Justice internationale qui a établi que « Du point de vue du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois locales ne sont que des faits qui expriment la volonté et constituent l'activité des États, au même titre que les décisions juridiques ou les mesures administratives ». L'auteur susmentionné rappelle également que « ainsi, même la norme constitutionnelle d'un État n'est pas considérée comme une « norme suprême », mais comme un simple fait qui, si elle viole une norme juridique internationale, entraînera la responsabilité internationale de l'État fautif ». RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5e éd. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 381.

³⁴¹ Selon l'auteur susmentionné, « j'adopte la théorie du double contrôle ou du tamis des droits de l'homme, qui reconnaît l'action distincte du contrôle de la constitutionnalité (STF et tribunaux nationaux) et du contrôle de la conventionnalité (Cour de San José et autres organes de défense des droits de l'homme au niveau international). Les droits de l'homme au Brésil ont donc une double garantie : le contrôle de la constitutionnalité nationale et le contrôle de la conventionnalité internationale. Tout acte ou norme doit être approuvé par les deux contrôles, afin que les droits soient respectés au Brésil. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5e éd. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 1. 404.

l'exception, bien entendu, de celles qui sont approuvées en vertu du paragraphe 3 de l'article 5 de la Constitution fédérale.

D'autre part, la Cour interaméricaine des droits de l'homme utilise les traités internationaux comme paramètre de validité, en particulier la Convention américaine relative aux droits de l'homme, considérant, comme nous l'avons déjà mentionné, les normes nationales comme de simples faits, y compris les dispositions d'ordre constitutionnel. Il convient donc de rappeler que la Cour suprême a le dernier mot sur la constitutionnalité des actes normatifs, mais pas sur leur *conventionnalité*, puisque l'analyse de la compatibilité des lois avec les traités internationaux, en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, relève en dernier ressort de la compétence des tribunaux internationaux. C'est le double contrôle auquel sont soumis tous les actes normatifs en matière de protection des droits de l'homme.

On pourrait, bien sûr, s'interroger sur la compatibilité avec notre Constitution – et, par conséquent, avec notre système juridique dans son ensemble – de la possibilité même d'une décision, rendue par un tribunal international, de considérer la législation nationale et la Constitution fédérale elle-même comme de simples faits, aux fins de la responsabilité internationale du pays.

La réponse, cependant, se trouve dans le texte constitutionnel lui-même. Dans un premier temps, la possibilité de signer des traités internationaux implique, bien sûr, la nécessité de les respecter. En outre, l'importance accordée au thème des droits fondamentaux/droits de l'homme par la Constitution démontre que leur protection est une valeur fondatrice de notre ordre juridique et doit guider toutes les interprétations du texte constitutionnel. Cependant, la démonstration la plus évidente qu'il n'y a pas d'incompatibilité avec le respect des décisions rendues par les tribunaux internationaux, en particulier en matière de droits de l'homme, dans la Constitution fédérale de 1988, est la disposition expresse de sa défense par le Brésil dans l'ADCT. En effet, l'article 7 de l'acte sur les dispositions constitutionnelles transitoires dispose que « le Brésil plaide en faveur de la formation d'une cour internationale des droits de l'homme ». Il n'y a donc pas de place pour le doute : le Brésil devrait non seulement adhérer à toute cour des droits de l'homme existante, mais, à défaut, *plaider* en faveur de sa création.

Il est nécessaire de souligner qu'il n'y a aucun sens à défendre une position différente – c'est-à-dire que toute décision rendue par un tribunal international qui interprète différemment le contenu et la portée d'un traité international ne doit pas être respectée –

puisque, pour provoquer les tribunaux internationaux, il est nécessaire d'épuiser les voies de recours internes, compte tenu de la subsidiarité³⁴² l'une des principales caractéristiques de la juridiction internationale en matière de droits de l'homme. Ainsi, si la cour internationale répétait ce que le STF a dit, cela ne servirait à rien, si elle disait le contraire, on ne le respecterait pas.

En d'autres termes, compte tenu de la nécessité, en règle générale, d'épuiser les moyens internes afin d'ouvrir la possibilité de provocation par les tribunaux internationaux, ceux-ci seront prononcés après l'épuisement de la juridiction nationale, qui inclura probablement – en particulier en matière de droits de l'homme – la compétence constitutionnelle de la Cour suprême. Par conséquent, puisqu'il y a déjà une décision de la Cour suprême, il est évident que la faisabilité de la provocation d'une instance internationale entraîne la possibilité que cette décision soit différente de ce qui a été décidé par le STF dans la sphère nationale – et, évidemment, la nécessité de se conformer à la décision rendue dans la sphère internationale – sous peine de rendre la juridiction internationale totalement inoffensive. Par conséquent, les décisions rendues par les tribunaux internationaux doivent être respectées, même si elles sont contraires à ce qui a été décidé par la Cour suprême.

Il est nécessaire de souligner que la reconnaissance de la nécessité de se conformer aux décisions rendues au niveau international, même lorsqu'elles contredisent directement ce qui a été décidé au niveau national par la Cour suprême, n'implique pas un affaiblissement de la Constitution fédérale. En fait, il est possible de penser que, puisqu'il s'agissait d'une question tranchée par la juridiction constitutionnelle du STF, la reconnaissance de la validité et de l'efficacité de toute décision rendue, par la suite, dans le sens contraire, mettrait en échec la suprématie même de la Constitution. Cette conclusion ne résiste toutefois pas à une analyse plus approfondie du texte constitutionnel de 1988. Comme nous l'avons déjà dit, la Magna

³⁴² La subsidiarité des mécanismes internationaux d'enquête sur les violations des droits de l'homme consiste en la reconnaissance du devoir premier des États de prévenir les violations des droits protégés, ou du moins de réparer les dommages causés aux victimes, et ce n'est qu'après leur échec que la protection internationale peut être invoquée. Pour cette raison, les victimes de violations des droits de l'homme doivent, en général, épuiser les moyens ou les ressources nationales disponibles pour la réalisation du droit protégé, afin d'obtenir, après l'échec de la tentative nationale, un recours au niveau international. RAMOS, André de Carvalho. *Processus international des droits de l'homme : analyse des mécanismes d'enquête sur les violations des droits de l'homme et la mise en œuvre des décisions au Brésil*. 5e éd. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 78. Cançado Trindade ajoute également que « la règle de l'épuisement des voies de recours internes témoigne de l'interaction entre le droit international et le droit interne de la subsidiarité, implicite, de la procédure internationale » (p. 55). TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (éd.). *L'incorporation des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme dans la législation brésilienne*. San José de Costa Rica/Brasília : Institut interaméricain des droits de l'homme, Comité international de la Croix-Rouge, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Commission de l'Union européenne, 1996, p. 55.

Carta elle-même prévoit l'existence de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et, plus encore, la compétence internationale en matière de droits de l'homme.

Il ne faut pas oublier que les droits fondamentaux et les droits de l'homme sont l'un des fondements sur lesquels reposent tous les principes constitutionnels³⁴³. Ainsi, le renforcement de la défense de ces droits par la reconnaissance de la juridiction internationale pour la protection des droits de l'homme, loin d'affaiblir la Constitution, contribue à protéger l'une de ses principales valeurs.

En effet, la négation de la validité ou de l'efficacité, sur le territoire brésilien, d'une décision rendue par un tribunal international en matière de droits de l'homme ne peut s'inscrire que dans une logique tout à fait rattachée à la notion traditionnelle de souveraineté – qui, comme nous l'avons déjà dit, n'a jamais existé de la manière dont elle a été conçue dans les modèles théoriques – où le pouvoir de l'État n'admet aucun type de remise en question, étant capable de définir le contenu et le spectre d'application de tous les actes normatifs, précisément parce qu'il est indivisible, inaliénable et imprescriptible.

3.3.3 L'incompatibilité de l'activisme judiciaire et du garantisme pénal avec le contexte international

À ce stade, il convient de se demander : le garantisme pénal actuellement pratiqué au Brésil et l'activisme judiciaire sont-ils conformes au contexte international précédemment décrit ? La réponse semble être négative.

Ce n'est pas seulement le déni complet de l'efficacité des décisions rendues par les tribunaux internationaux qui révèle une ligne de pensée liée à des concepts plus larges qui ont déjà été remis en question. Même parmi ceux qui comprennent la pertinence de la juridiction internationale, il n'est pas rare qu'elle soit analysée dans le cadre d'un ensemble d'instruments théoriques essentiellement modernes, ce qui relègue à l'arrière-plan les importantes transformations qui se sont produites dans le monde au cours des dernières décennies.

Le garantisme pénal, au Brésil, va dans ce sens. Dans un premier temps, il convient de rappeler que le garantisme n'est pas limitée au champ d'application du droit pénal et de la

³⁴³ À titre d'exemple, nous pouvons citer l'exposé sur les droits fondamentaux réalisé par Gustavo Binimbojm dans un ouvrage où il soutient que l'ordre constitutionnel inauguré par la Constitution fédérale de 1988 a pour principaux piliers la démocratie et les droits fondamentaux. BINIMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização* – 3e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 2014.

procédure pénale³⁴⁴. Cependant, malgré l'ampleur du constitutionnalisme garantiste, les branches du droit dans lesquelles le garantisme a le plus de répercussions dans notre pays sont, sans aucun doute, le droit pénal et le droit de la procédure pénale. Bien que la doctrine élaborée autour du garantisme pénal au Brésil reconnaisse l'importance des traités internationaux et de la juridiction internationale pour l'effectivité des garanties de l'accusé dans le cadre de procédures pénales ou d'enquêtes pénales, l'analyse faite par ces chercheurs reste entièrement centrée sur la législation nationale et la Constitution, ainsi que sur les procédures de juridiction nationale, même lorsqu'ils évoquent la question des pactes internationaux.

En ce sens, il convient de mentionner l'œuvre de César Roberto Bitencourt³⁴⁵. Dans son *Traité de droit pénal*, Bitencourt consacre une partie du chapitre sur le « droit pénal dans l'espace » spécifiquement au « contrôle juridictionnel de la conventionnalité des lois ». Dans ce sous-titre, l'auteur susmentionné aborde évidemment la possibilité de contrôler la validité des actes normatifs produits dans notre pays ayant comme paramètre les traités internationaux signés par le Brésil. À aucun moment, cependant, la possibilité d'un contrôle par un tribunal international n'est évoquée. En fait, Bitencourt, lorsqu'il s'agit du contrôle de la conventionnalité, ne travaille qu'avec la possibilité d'effectuer ce contrôle par le pouvoir judiciaire brésilien.

On pourrait dire qu'il s'agit d'une question purement terminologique, et que le doctrinaire ne s'est pas référé aux décisions rendues par les tribunaux internationaux parce qu'il comprend que le concept de contrôle conventionnel n'englobe que le contrôle interne qui utilise comme paramètre de validité non pas le texte constitutionnel, mais les traités internationaux dont le Brésil est signataire. Cependant, cette interprétation – limitant la portée du contrôle de la conventionnalité – est loin d'être consensuelle dans la doctrine brésilienne, comme nous l'avons déjà démontré. Ce fait, couplé à l'absence presque totale de clarification

³⁴⁴ Ce point est approfondi dans le chapitre consacré au garantisme pénal.

³⁴⁵ Cezar Roberto Bitencourt est un défenseur reconnu des garanties pénales au Brésil. Il est nécessaire de souligner, à ce stade, que nous comprenons que tout auteur qui développe des études sur le système pénal brésilien dans le domaine de la dogmatique, exclusivement ou non, travaillera dans une perspective de garant, en considérant que notre système constitutionnel – et, par conséquent, notre droit pénal – est un garant. Considérant toutefois que cette position n'est pas consensuelle dans la doctrine brésilienne, nous pensons qu'il est valable de porter au débat la position des auteurs qui défendent expressément la garantie pénale. À titre d'exemple, nous pouvons citer le passage suivant, où Bitencourt déclare que : “[...] c'est à l'article 5 de notre *Magna Carta* que nous trouvons des principes constitutionnels spécifiques en matière pénale, dont la fonction est de guider le législateur ordinaire vers l'adoption d'un système de contrôle pénal centré sur les droits de l'homme, basé sur un droit pénal de culpabilité, un droit pénal minimum et garant, comme nous le verrons dans les épigraphes suivantes”. BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 – Parte geral, 23e éd. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 52.

sur ce point dans l'ouvrage, rend peu probable que ce soit vraiment la raison pour laquelle les décisions rendues par les tribunaux internationaux ont été ignorées. De plus, même si c'est le cas, il est symptomatique que l'auteur susmentionné consacre une partie de son travail spécifiquement à l'analyse du contrôle de la conventionnalité effectué en interne sans faire une analyse minimalement approfondie des décisions rendues par les tribunaux internationaux à aucun moment de son *traité*³⁴⁶.

Un autre aspect qui mérite d'être souligné est que Bitencourt affirme, à deux reprises seulement dans le sous-titre susmentionné, que le contrôle de la conventionnalité est apparu avec l'amendement constitutionnel n° 45/2004. Tout d'abord, se référant expressément aux travaux de Valério Mazzuoli, il affirme que « cet ajout constitutionnel a apporté au système juridique brésilien une nouvelle modalité de contrôle de la normalité interne, jusqu'alors inconnue dans notre environnement, c'est-à-dire le contrôle de la conventionnalité des lois ».³⁴⁷ Dans un second temps, Bitencourt déclare que :

En résumé, d'après l'amendement constitutionnel 45, la validité de toute loi ordinaire est subordonnée à la double compatibilité verticale matérielle, c'est-à-dire qu'elle doit être compatible avec la Constitution et avec les traités relatifs aux droits de l'homme en vigueur dans le pays. En d'autres termes, s'il entre en conflit avec celui-ci ou l'un d'entre eux, il ne sera pas valide, qu'il soit en vigueur ou non : par rapport au premier, pour inconstitutionnalité, et, par rapport à l'un d'entre eux, pour inconventionnalité, un néologisme sauvé par Mazzuoli³⁴⁸.

Il est certain, cependant, que la possibilité de contrôler les actes normatifs nationaux fondés sur les traités internationaux dont le Brésil est signataire ne s'est pas présentée avec l'amendement constitutionnel 45/2004, même s'il a considérablement modifié le système juridique national sur ce point.

Toutefois, compte tenu du fait que l'amendement susmentionné prévoyait expressément que les traités internationaux approuvés par chaque chambre du Congrès national, en deux tours, par les trois cinquièmes des voix des membres respectifs, équivaldront à des amendements constitutionnels, l'affirmation selon laquelle ces derniers ont

³⁴⁶ Une exception doit être faite ici au point faisant référence à la Cour pénale internationale, à laquelle Bitencourt consacre également un sous-titre de son *Tratado de Direito Penal*. Cependant, la question n'a rien à voir avec la possibilité de contrôler la validité des actes normatifs fondés sur des traités internationaux.

³⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 – Parte geral, 23e éd. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 259.

³⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 - Parte geral, 23e éd. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 261.

inauguré, dans l'ordre juridique national, le contrôle de la conventionnalité est assez révélatrice. En fait, cela témoigne d'une pensée qui n'est encore entièrement centrée que sur le texte constitutionnel, où une *autorisation expresse* de la Constitution est nécessaire pour qu'il soit possible de penser à une éventuelle ingérence dans la conception de notre système juridique par un traité international.

Un autre défenseur bien connu du garantisme pénal au Brésil est Aury Lopes Jr. Dans son ouvrage intitulé *Fondements de la procédure pénale*, l'auteur susmentionné explique, surtout dans le premier chapitre, ce qu'il appelle le « fondement de l'existence de la procédure pénal ». Dans celui-ci, la référence à la Constitution est une constante. En fait, toute l'argumentation construite dans ce chapitre est développée autour de la Constitution, à commencer par le premier sous-titre, intitulé « Constituer le processus pénal à partir de la Constitution ». L'auteur susmentionné commence sa pensée en affirmant que la première question à laquelle sont confrontés ceux qui sont prêts à réfléchir sur les procédures pénales contemporaines est liée au fondement de son existence. Il continue en déclarant que :

La recherche de la réponse à cette question nous conduit à la définition de la logique du système, qui guidera l'interprétation et l'application des règles de procédure pénale. Dans une autre dimension, il s'agit de définir ce qu'est notre paradigme de lecture des procédures pénales, en cherchant le point fondateur du discours. Nous optons pour la lecture constitutionnelle et, dans cette perspective, nous considérons les procédures pénales comme un instrument de l'efficacité des garanties constitutionnelles.³⁴⁹

Il est à noter qu'Aury Lopes Jr. énonce expressément la nécessité de rechercher une « logique du système », capable de guider l'interprétation et l'application des règles. L'auteur a répondu à ce besoin de manière claire et objective en se référant au texte constitutionnel. Il est donc clair que la logique du système, dans son travail, est donnée par la Constitution. Il convient de noter que l'auteur n'ignore pas, bien sûr, l'existence de traités internationaux – ceux-ci n'occupent tout simplement pas une position centrale dans son texte. Il cite même les traités à quelques reprises, notamment dans le chapitre faisant référence aux fondements de la procédure pénale. Ceux-ci ne servent cependant presque qu'à renforcer la défense développée sur des valeurs déjà présentes dans le texte constitutionnel. En parlant de la liberté individuelle, par exemple, il dit que celle-ci « parce qu'elle découle nécessairement du droit à la vie et de la dignité même de la personne humaine, elle est largement inscrite dans le texte

³⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3e éd., São Paulo. Saraiva, 2017.

constitutionnel et les traités internationaux ». ³⁵⁰ Plus tard, abordant le pouvoir d'intervention de l'État, il déclare que « notre Constitution actuelle et, avant elle, la Déclaration universelle des droits de l'homme consacrent certaines limites nécessaires à la coexistence et ne tolèrent pas une telle soumission de l'homme à l'être supérieur ». ³⁵¹

La lecture de la construction faite par ledit savant sur les fondements de la procédure pénale ne confirme donc pas l'idée qu'il a indiquée dans sa note à la 3e édition de l'ouvrage en question, lorsqu'il place, comme l'un des piliers fondamentaux de l'analyse des fondements de la procédure pénale, le « filtrage constitutionnel et conventionnel (caractère indispensable de la lecture conformément à la Constitution et à la Convention américaine relative aux droits de l'homme) » ³⁵², indiquant une équivalence entre les plans intérieur et extérieur.

Les exemples mentionnés ci-dessus ne représentent qu'un petit échantillon d'un phénomène actuel parmi les penseurs qui travaillent dans la perspective du garantisme pénal dans notre pays. Ces auteurs, lorsqu'ils s'appuient également sur des traités internationaux, mais avec une prééminence évidente, dans leur approche, de la Constitution, font encore une analyse essentiellement moderne. Il faut le répéter : la tension entre territorialité et globalité a imprégné toute la période de la modernité. Ce qui caractérisait la période antérieure à ce que beaucoup appellent aujourd'hui la *postmodernité* ³⁵³ n'était pas le rejet complet du plan international, mais plutôt la remarquable prééminence de l'aspect domestique.

En d'autres termes, ces auteurs, en faisant une évaluation qui prend en compte à la fois les aspects nationaux et internationaux, mais clairement centrée sur les premiers, développent une conception qui n'est que postmoderne ou hypermoderne – se légitimant et se justifiant par référence à un contexte international qui s'avère évidemment de plus en plus pertinent – mais qui ne modifie pas la structure des fondements présentés pour englober et comprendre réellement les transformations de la monde actuel.

Dans le même ordre d'idées, l'activisme judiciaire brésilien est en totale discordance avec le scénario international actuel, de relativisation notoire de la souveraineté et d'«

³⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3e éd., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 31.

³⁵¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3e éd., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 37.

³⁵² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3e éd., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 21. La même idée est répétée dans le premier chapitre de l'ouvrage, lorsque l'auteur déclare que « la lutte consiste à surmonter les préjugés relatifs à l'efficacité de la Constitution dans les procédures pénales. Plus que cela, il est nécessaire d'effectuer un contrôle judiciaire de la conventionnalité des lois pénales et de la procédure pénale » (ibidem, p. 32). Cependant, comme nous l'avons déjà dit, la construction faite dans les pages qui suivent met clairement l'accent sur l'aspect constitutionnel, en utilisant les traités internationaux principalement comme un renforcement argumentatif.

³⁵³ La question de la nomenclature utilisée, ainsi que les différentes analyses qui sont faites dans le champ de la sociologie sur le moment dans lequel nous vivons, a déjà été posée précédemment dans cette étude, dans le chapitre consacré à ce thème.

élimination » progressive de nombreuses frontières, du moins dans le sens donné à ces termes au cours de la modernité. En fait, dans le monde d'aujourd'hui, les événements qui se sont produits dans des régions éloignées du globe sont de plus en plus pertinents. Les crises dans les pays de l'Est, par exemple, affectent directement la vie des Brésiliens, soit en raison de problèmes migratoires – avec des répercussions humanitaires importantes – soit en raison des fluctuations du marché, qui peuvent déterminer la baisse intense des importations de certains biens et même la faillite de plusieurs entreprises. Le droit international, bien sûr, n'y est pas étranger, avec un certain nombre de traités transnationaux de nature commerciale, interdisant certaines formes de protectionnisme et d'autres mesures susceptibles d'affecter les entreprises d'autres pays, ainsi qu'en termes de droits de l'homme, établissant des règles pour le traitement des immigrants et des étrangers dans diverses situations.

Cependant, l'activisme judiciaire pratiqué au Brésil suit une logique complètement différente. Son lien intime avec la tradition autoritaire brésilienne – qui sera approfondi dans la deuxième partie de cette thèse – lui confère un caractère typiquement provincial. Les pratiques autoritaires de nombre de nos juges rappellent en effet une logique féodale, où chaque magistrat est le maître de sa juridiction, créant son propre système juridique. Ces magistrats supposent qu'ils se conforment au mandat constitutionnel de la motivation des décisions judiciaires³⁵⁴ par des arguments qui n'ont qu'une apparence juridique – et parfois même pas cela³⁵⁵ – fondée sur le principe de la libre conviction motivée, déjà extirpé de notre système juridique, mais apparemment imprégné de manière indélébile dans la conscience de nombreux agents publics.

Les deux phénomènes – le garantisme pénal et l'activisme judiciaire – s'insèrent dans un contexte de croissance du pouvoir judiciaire dans la dynamique institutionnelle de plusieurs pays à travers le monde. Cette croissance est directement liée à la crise de la représentation dans ces territoires, ainsi qu'au grand développement des débats internationaux

³⁵⁴ L'article 93, IX, de la Constitution fédérale de 1988 dispose que : L'article 93. Une loi complémentaire, à l'initiative du Tribunal fédéral, prévoit le statut du pouvoir judiciaire, sous réserve des principes suivants : [...]

IX – tous les jugements des organes du pouvoir judiciaire sont publics, et toutes les décisions sont justifiées, sous peine de nullité, et la loi peut limiter la présence, dans certains actes, aux parties elles-mêmes et à leurs avocats, ou seulement à eux, dans les cas où la préservation du droit à la vie privée de la partie intéressée dans le secret ne porte pas atteinte à l'intérêt public de l'information ;

³⁵⁵ Citons, par exemple, la sentence prononcée dans l'affaire n° 001/2.12.0089261-3, qui a été examinée par le 1^{er} tribunal pénal du Forum régional Tristeza du district de Porto Alegre, où le magistrat a cité, comme l'un des motifs de la décision – afin d'étayer sa position sur les droits de l'homme – un extrait d'une interview accordée par l'actrice Paolla Oliveira au *magazine Marie Claire*, où il a déclaré que « les droits de l'homme sont pour ceux qui savent ce que cela signifie. Pas pour ceux qui commettent des atrocités sans conséquence ». Le juge s'est également référé à un autre extrait de la même interview, où l'actrice affirme que « Le système est très laxiste. Il doit y avoir plus de rigidité dans la punition ».

sur les droits de l'homme, qui a conduit, en association avec d'autres thématiques, à la relativisation de la notion traditionnelle de souveraineté, caractéristique de la postmodernité. La première contradiction est déjà évidente. Ce sont des phénomènes qui doivent leur pertinence à la postmodernité, mais qui fonctionnent d'une manière essentiellement moderne, voire pré-moderne.

4. Conclusions partielles

Le lien entre la notion d'autoritarisme et celle de pouvoir est instinctif. En fait, il serait difficile d'imaginer une conception de l'autoritarisme qui n'impliquerait pas une sorte d'abus de ce que beaucoup considèrent comme le pouvoir. Cependant, lorsque nous retirons le pouvoir lui-même de l'équation – ou, du moins, la notion traditionnelle de ce qu'il serait – l'analyse devient beaucoup plus complexe, mais aussi plus adéquate pour décrire les institutions et les phénomènes analysés.

Comme nous l'avons dit précédemment, Foucault comprend que le pouvoir n'existe pas. Il existe cependant des relations de pouvoir, ainsi que des structures sur lesquelles ces relations se développent de manière préférentielle. Parmi ces structures figurent les institutions de l'État, y compris le pouvoir judiciaire. Sans essayer de jouer sur les mots ici, il n'y a pas de pouvoir dans le pouvoir judiciaire, mais il y a un flux continu de relations de pouvoir qui se développent au sein du pouvoir judiciaire. Cette absence d'un pouvoir statique, possédé ou « approprié » rend la dynamique des relations susmentionnées très différente de ce que beaucoup croient. Les relations qui se développent au sein des institutions et entre les institutions se déroulent donc de manière beaucoup plus fluide. Les individus et les institutions agissent constamment pour que leur capacité d'action et d'influence, leurs droits et, parfois, leurs privilèges ne soient pas lésés et, peut-être même, accrus.

Cette perception est fondamentale pour comprendre ce qu'est l'autoritarisme relationnel et comment il est véhiculé au sein de notre système judiciaire. Cet autoritarisme est constitué, au moins dans un certain aspect, par un ensemble de pratiques qui tentent de s'adapter à la manière dont les relations de pouvoir se développent dans cette institution, en cherchant à maintenir et à accroître sa capacité d'action au niveau individuel ou institutionnel. En d'autres termes, l'autoritarisme relationnel, tel qu'il est caractérisé dans cette thèse, n'est pas une démonstration de force de la part de ceux qui sont impliqués dans ces pratiques, mais plutôt le résultat de l'absence de force – l'absence d'un pouvoir « possédé » et indiscutable.

Ce n'est qu'à travers cette réflexion que l'on peut comprendre comment, dans un contexte postmoderne, caractérisé par la remise en question profonde des institutions qui composent l'État, il est encore possible de parler d'autoritarisme au sein de ces mêmes institutions. Il est vrai que la crise de la représentation elle-même a également contribué au processus de croissance du pouvoir judiciaire, mais cela ne fait que permettre de comprendre comment ce pouvoir s'est renforcé au cours des dernières décennies par rapport aux pouvoirs composés de représentants élus. En effet, dans un contexte de fragilité des institutions modernes, le développement de l'une ou l'autre d'entre elles est toujours relatif. Comme nous l'avons vu, la crise de la modernité est une crise de grande ampleur, qui remet en question même les fondements d'une rationalité qui s'est construite au cours des siècles et qui a culminé dans le phénomène que nous appelons habituellement la modernité. Aucune institution n'est en dehors de cette dynamique.

Lorsque nous parlons de cette rationalité construite au fil des siècles, nous n'invoquons pas une conception idéaliste, qui placerait les idées dans une position de prééminence sur les aspects matériels de notre existence. On comprend, en effet, que la perception la plus juste de cette crise que nous vivons aujourd'hui vient précisément de Baudrillard et de sa critique de la société de consommation. Il est même impossible de comprendre adéquatement l'hyperréalité exposée par Baudrillard sans connaître sa critique de la société capitaliste postindustrielle, c'est-à-dire une société dans laquelle le contrôle du système de consommation est devenu aussi important, voire plus important, que le contrôle du système de production.

La centralité de la consommation dans notre société a eu des conséquences dramatiques. Consommer n'est plus seulement acquérir ou utiliser quelque chose. Consommer est devenu communiquer quelque chose et, finalement, s'est confondu avec être quelque chose. Mais la simulation qui a commencé avec la consommation ne s'est pas limitée à cela. L'hyperréalité est le nouveau monde dans lequel nous vivons et les médias sociaux en sont aujourd'hui la forme la plus parfaite. Ainsi, le détachement de la réalité – ou le remplacement de la réalité – dans les réseaux sociaux serait en réalité la réalisation de la simulation décrite par Baudrillard. De plus, il est important de comprendre que c'est cette simulation née de la perte de référence, directement liée à la société de consommation, qui a rendu possible la nouvelle version de l'extrémisme politique à laquelle nous assistons aujourd'hui, caractérisée par le détachement total de la réalité – ou, encore, par le remplacement de la réalité. On peut donc dire que la simulation de la consommation, au moins dans une certaine mesure, a donné naissance à la simulation de la politique.

Les stratégies utilisées par ces groupes politiques – même s'ils bénéficient des algorithmes des réseaux sociaux eux-mêmes, qui préconisent souvent des contenus plus radicalisés et pas forcément fidèles à la réalité, puisqu'ils sont les contenus ayant le plus grand pouvoir d'engagement – sont basées sur la désinformation, rendant impossible la tenue d'un débat public cohérent sur toute question pertinente. Les plates-formes politiques sont construites sur de fausses nouvelles, cherchant à contrôler les agendas par l'appel à la panique. Cependant, lorsque l'on analyse le caractère du marketing commercial, on se rend compte que la stratégie est souvent essentiellement la même. Plusieurs produits ont misé sur des publicités totalement invraisemblables, telles que des herbes et des thés prétendument capables de guérir tout type de maladie. L'important n'est pas d'être crédible, mais d'avoir suffisamment d'impact pour attirer l'attention de ceux qui écoutent, et la conviction n'est pas donnée par la raison, mais par l'émotion et la répétition. Les campagnes politiques ont longtemps été coordonnées dans de nombreux pays par des professionnels de la publicité du marketing commercial, mais peut-être jamais auparavant la confusion entre la façon de vendre un produit et la façon de *vendre* une conception politique n'a été aussi évidente.

La croissance de ce nouveau populisme renforce également l'idée de simulation sous un autre aspect. Suivant une ligne déjà connue des mouvements fascistes de la première moitié du XXe siècle, ces nouveaux dirigeants politiques recherchent souvent un lien direct avec le peuple. De toute évidence, ce *peuple* se réfère beaucoup plus à un symbole, à une image idéalisée dans les normes conçues par ce groupe politique – le peuple heureux, le peuple travailleur, le peuple chrétien – qu'à la population réelle du pays, pleine de différences et de contradictions. Cependant, cette image abstraite du peuple finit par perdre complètement sa différenciation par rapport à la réalité, car la machine de propagande de ces groupes, menée surtout par le biais des médias électroniques/virtuels, finit par convaincre leurs électeurs de tout un ensemble de contre-vérités qui se propagent, atteignant parfois presque des illusions – rappelez-vous simplement l'exemple de QAnon, déjà mentionné, ou la bouteille érotique qui aurait été distribuée dans les crèches du Brésil³⁵⁶, une invention qui a fini par avoir un impact pertinent sur les élections brésiliennes de 2018. C'est ainsi qu'est conçu l'hyperréel, dans lequel le « peuple » abstrait, initialement n'étant qu'un symbole discursif du populisme, finit par devenir, dans une certaine mesure, le vrai peuple, du moins parmi les adhérents de ce

³⁵⁶ Sur le sujet, voir <<https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2021/10/28/e-fake-que-pt-distribuiu-mamadeiras-eroticas-para-criancas-em-creches-pelo-pais.ghtml>>, consulté le 27/08/2024.

groupe politique, dans une simulation qui efface les limites entre le plan symbolique et la réalité.

Les individualités et les contradictions sont artificiellement effacées au moyen d'une propagande idéologique intense et constante. Ce type de contrôle a de nombreux traits communs avec l'hypervigilance conçue par Foucault. La différence la plus pertinente réside peut-être dans les moyens utilisés, puisque les principaux outils ne font plus partie de l'appareil d'État, étant centrés sur les grandes entreprises technologiques. Ainsi, les structures de contrôle actuelles sont liées à l'idée d'un pouvoir – ou de structures préférentielles sur lesquelles se développent des relations de pouvoir – moins centralisées dans les instances traditionnelles, avec le renforcement relatif de certaines institutions de l'État lui-même, comme le pouvoir judiciaire, mais aussi avec la montée en puissance des différents acteurs privés, rendant nécessaire de justifier constamment cette nouvelle conformation des structures de contrôle. On pourrait penser que l'autoritarisme est un phénomène qui n'a pas besoin d'une légitimation rationnelle, mais ce n'est pas vrai. Le jeu complexe des relations sur lequel repose l'autoritarisme relationnel rend essentiel l'utilisation d'instruments de justification, tels que l'activisme et le garantisme, dans le contexte brésilien, pour apporter une explication rationnelle à des phénomènes qui, en termes généraux, ne font que répéter la logique d'inégalité typique du pays.

Il est donc nécessaire de se demander comment se produit cette tentative de rationalisation et dans quelle mesure, bien qu'elle soit un produit de la postmodernité, un certain degré de compréhension de ce processus est mis en évidence. En ce qui concerne le garantisme pénal, il n'y a aucun doute sur leur pertinence dans le paysage juridique brésilien, ni sur la cohérence de nombreux fondamentaux défendus par les adeptes de cette ligne de pensée. Cependant, la primauté évidente donnée à la Constitution et à la juridiction nationale par les auteurs garantistes nationaux – qui utilisent les pactes internationaux et la juridiction internationale principalement comme un renforcement argumentatif dans la défense des valeurs déjà présentes dans notre texte constitutionnel – dénote qu'ils sont encore coincés dans une conception essentiellement moderne.

Les références que ces auteurs font aux traités internationaux des droits de l'homme et aux tribunaux internationaux ne sont certainement pas capables de donner un caractère même hypermoderne à leur analyse, puisque la tension entre territorialité et globalité a été une constante tout au long de la période moderne. En d'autres termes, ces études n'intègrent même pas adéquatement dans leur perspective la reconnaissance de la crise de l'État moderne. La simple compréhension du scénario international dans le cadre d'une analyse entièrement

centrée sur l'aspect interne est la matérialisation de la pensée moderne et non une indication de sa transformation ou de sa radicalisation. Ces références, parce qu'elles n'altèrent pas la structure des fondements présentées, ne servent que de légitimation du discours, qui semble comprendre la complexité d'un scénario de relations internationales qui témoigne de plus en plus de sa pertinence.

Des constructions doctrinales entièrement fondées sur l'analyse d'actes normatifs nationaux – n'incorporant que de brèves références à des pactes internationaux et à des tribunaux internationaux – peuvent avoir des conséquences très délétères dans la compréhension de tout phénomène analysé. En fait, il s'agit d'une approche qui révèle l'inadéquation de bon nombre de nos instruments juridiques pour aider à la compréhension du monde d'aujourd'hui, puisqu'ils sont produits dans le cadre d'une vision du monde déjà dépassée, fondée sur la centralité indiscutable de l'État et sur une conception déjà insoutenable de la souveraineté.

Cette affirmation peut sembler étrange, car, au Brésil, même la défense de l'efficacité des normes constitutionnelles peut parfois sembler une position révolutionnaire, compte tenu du conservatisme majoritaire de notre tradition juridique. Cependant, la reconnaissance de la pertinence des pactes internationaux et de la juridiction internationale dans une analyse juridique n'est pas susceptible de diminuer l'importance de la Constitution, surtout si l'on considère les caractéristiques de l'ordre constitutionnel national. Le fait qu'un tribunal international puisse, sur la base d'un traité international relatif aux droits de l'homme, rendre une décision dans un sens autre que la compétence nationale – et que cette décision est effective au niveau national – constitue un renforcement légitime de l'une des valeurs fondamentales de la Constitution fédérale de 1988, puisqu'il renforce la protection accordée aux droits de l'homme.

Il est important de noter que ce conservatisme de notre tradition juridique, que nous venons de mentionner, a trouvé une justification commode dans l'activisme judiciaire – même si c'est d'une manière manifestement contradictoire. Sous l'étiquette d'« activistes » et sur la base du principe de la libre conviction motivée, de nombreux magistrats expriment une posture clairement autoritaire, déformant la loi, la Constitution et créant leur propre système juridique. Il est évident qu'en ce qui concerne l'activisme, il y a une différence significative dans ce qui a été placé sur le garantisme. Même la délimitation de ce qui serait une pratique activiste génère une grande controverse dans le milieu juridique. La simple augmentation du nombre de sujets débattus dans les tribunaux est considérée par certains comme faisant partie du phénomène de l'activisme, tandis que d'autres font une distinction claire entre ce que

seraient les éléments factuels liés à la judiciarisation de la politique et la posture du juge, phénomène renvoyant, dans ce cas, à l'activisme judiciaire.

Cette définition, bien qu'elle soit une présupposition pour la discussion à faire sur l'activisme, est loin d'en constituer l'aspect principal, puisque la discussion proposée ici se concentre sur la manière dont l'autoritarisme relationnel brésilien a trouvé une nouvelle conformation dans le monde postmoderne, une conformation qui, en ce qui concerne le droit, a pour principaux phénomènes le garantisme pénal et l'activisme judiciaire.

PARTIE 2 – L'AUTORITARISME DANS LE CONTEXTE JUDICIAIRE BRÉSILIEN

Alors que nous entrons dans la deuxième partie de l'œuvre, quelques éclaircissements supplémentaires s'imposent. Cette partie est essentiellement constituée de discussions conceptuelles sur les deux phénomènes, déjà mentionnés dans la première partie de l'ouvrage, qui constituent, de nos jours, les deux principales manifestations de l'autoritarisme relationnel dans le scénario juridique brésilien – l'activisme judiciaire et le garantisme pénal – ainsi que des analyses de cas concrets. Ces analyses se font principalement à travers l'étude des motifs des jugements des juges et des tribunaux brésiliens, mais aussi à travers des recherches jurimétriques, associées, de la même manière, à l'observation des motifs utilisés dans certaines des décisions résultant de ces études, en cherchant à comprendre le contexte dans lequel ils ont été rendus et quel est le sens de l'utilisation de ces motifs dans ces affaires.

Il est toutefois essentiel de souligner que les décisions analysées ne sont pas censées constituer une preuve concluante des phénomènes analysés. En fait, cela serait irréalisable. Afin de prouver, de manière incontestable, que les décisions rendues par le pouvoir judiciaire brésilien représentent principalement des manifestations de l'activisme judiciaire et d'une pratique déformée du garantisme pénal, il serait nécessaire d'analyser les fondements d'une partie considérable des décisions rendues au cours des dernières années. Il convient de noter qu'il ne s'agit pas seulement des « résultats » des décisions – jugement favorable ou demande rejetée, acquittement ou condamnation, etc. – mais aussi d'une étude détaillée des fondements de chacune d'entre elles. Si l'on considère qu'environ 41 millions d'affaires ont été jugées au Brésil rien qu'en 2024³⁵⁷, même si nous n'analysons qu'un pour cent de ces affaires, nous parlerions toujours de centaines de milliers de décisions. Même un grand groupe de chercheurs aurait beaucoup de mal à réaliser un travail de cette ampleur. En outre, il ne suffirait pas non plus de réduire un seul tribunal ou quelques tribunaux, car cela démontrerait, tout au plus, que ces tribunaux présentent les caractéristiques susmentionnées et non le système judiciaire brésilien dans son ensemble.

³⁵⁷ Disponible chez <https://portal.tjpe.jus.br/-/judiciario-brasileiro-julga-quase-41-milhoes-de-casos-em-2024#:~:text=O%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20brasileiro%20manteve,que%20chegou%20a%2035.600.225.> Consulté le 25/03/2025. Il convient de noter qu'il ne s'agit pas du nombre total de décisions. Le nombre total de décisions est beaucoup plus élevé que le nombre d'affaires jugées.

Par conséquent, il a été décidé d'analyser un ensemble de décisions comprenant des affaires de différents niveaux de juridiction et de différentes branches du pouvoir judiciaire brésilien, bien qu'en nombre relativement faible. En outre, en particulier en ce qui concerne l'activisme, des décisions ont été utilisées qui expriment différents aspects de ce phénomène, en cherchant à enquêter sur les différentes manières dont il se manifeste dans notre système judiciaire.

Enfin, il est nécessaire de préciser qu'il a été décidé de ne pas concentrer l'analyse sur des cas qui ont eu une grande répercussion dans l'environnement des partis politiques brésiliens ces dernières années – bien que certaines considérations à ce sujet aient été faites à certains moments. La raison est, bien sûr, d'éviter qu'un débat sur les sujets proposés ici ne se transforme en une discussion éminemment partisane ou ne soit interprété par un lecteur de cette manière. Afin que ces déclarations ne soient pas complètement décontextualisées, il est pertinent de mentionner, à ce stade, les cas susmentionnés – même s'il ne s'agit pas de processus spécifiques, mais plutôt d'ensembles d'enquêtes et d'actions criminelles.

Le premier cas fait référence à l'opération « Lava Jato », au cours de laquelle un nombre important d'hommes d'affaires et de politiciens ont été arrêtés, dont l'ancien président Luiz Inácio Lula da Silva³⁵⁸. Cela a été déclenché le 17 mars 2014, lorsque quatre enquêtes sur la pratique des crimes financiers et le détournement de ressources publiques ont été unifiées. Le nom Lava Jato fait référence à une chaîne de blanchisseries et à une station-service à Brasília qui ont été utilisées pour des transactions financières par l'une des organisations criminelles présumées initialement enquêtées, même si, par la suite, les enquêtes ont pris des proportions beaucoup plus importantes³⁵⁹. Au total, elle a connu soixante-dix-neuf « phases » jusqu'en 2021, date à laquelle elle a été interrompue – ce qui, en pratique, correspondait à plusieurs opérations différentes, toutes regroupées sous le nom générique de « Lava Jato », bien que de nombreuses opérations aient reçu des noms spécifiques faisant référence à chacune de ces phases. Considérant que beaucoup des personnes arrêtées lors de cette opération étaient des personnes disposant d'un grand pouvoir d'achat, certains ont soutenu, à l'époque, que Lava Jato représenterait un changement positif dans le profil du système judiciaire brésilien.

Cependant, d'autres ont compris que l'opération susmentionnée montrait une détérioration du point de vue du respect de la Constitution. Lenio Streck, par exemple, a attiré

³⁵⁸ Lula était un ancien président lorsqu'il a été arrêté, mais il a fini par être réélu, après sa libération, en 2022.

³⁵⁹ Disponible à l'adresse <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>, consulté le 25/07/2022.

l'attention sur la façon dont les défenseurs des procédures adoptées dans l'opération Lava Jato considéraient « [...] naturellement, sans aucun problème, la rupture des garanties constitutionnelles procédurales, caractérisant la différence entre le processus civilisé et la barbarie », comme – dans le cas du procès de l'ancien président Luiz Inácio Lula da Silva par le Tribunal régional fédéral de la 4^e région – le non-respect du paradigme selon lequel la charge de l'accusation incombe à l'accusateur et le fait que l'accusé s'est vu refuser le droit de produire des preuves, ainsi que d'ignorer les soupçons concernant l'impartialité du juge, du président du TRF-4 et même du rapporteur, ainsi que « le temps record dans lequel l'appel a été jugé ».³⁶⁰

En ce qui concerne les allégations susmentionnées de soupçons à l'encontre du magistrat, il est important de mentionner que Sergio Moro, le juge de l'opération Lava Jato dans ses premières années – et les plus notoires – a eu des comportements qui ont été largement remis en question. En 2018, une semaine avant le premier tour des élections présidentielles, Moro a levé le secret de l'accord de plaidoyer de l'ancien ministre de Luiz Inácio Lula da Silva, Antônio Palocci, qui avait souligné la collecte présumée de pots-de-vin pour l'approbation de actes normatifs dans les précédents gouvernements de Lula. Après les élections de cette année-là, remportées par Jair Bolsonaro contre Fernando Haddad, un candidat soutenu par Lula, Moro a démissionné de son poste de juge, où il était resté pendant 22 ans. Il a ensuite accepté l'invitation de Bolsonaro à être ministre de la Justice dans le nouveau gouvernement. En 2019, des rapports publiés par le *site Web Intercept* ont révélé des dialogues par le biais d'applications électroniques qui montraient les conversations entre Moro et des membres du bureau du procureur fédéral qui travaillaient à Lava Jato³⁶¹. Les messages ont conduit la Cour suprême à considérer que Moro n'était pas impartial dans la conduite des affaires contre Lula, ce qui a conduit, entre autres raisons, à l'annulation des procédures, lui permettant de participer aux élections présidentielles brésiliennes de 2022.

La deuxième affaire à mentionner est liée aux enquêtes du 8 janvier³⁶² et à l'enquête dite des *Fake News*, toutes deux ayant comme figure centrale le ministre de la Cour suprême Alexandre de Moraes et, parmi les personnes enquêtées, de nombreux alliés de l'ancien

³⁶⁰ STRECK, Lenio. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Qu'est-ce que c'est que ce « nouveau qui demande l'adoption » de la TRF4 et de Joaquim Falcão. Dans PRONER, Carol, Commentaires sur une décision annoncée : le processus Lula dans le TRF4. São Paulo : Outras Expressão

³⁶¹ Disponible en <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-03/dez-anos-da-lava-jato-o-que-aconteceu-com-os-personagens-da-operacao>, consulté le 26/06/2025.

³⁶² L'expression fait référence aux attentats du 8 janvier 2023, perpétrés par des partisans de l'ancien président Jair Bolsonaro contre les bâtiments des trois puissances de la République, à Brasília.

président Jair Bolsonaro. Les principales controverses³⁶³ entourant ces enquêtes se réfèrent, en premier lieu, au fait que l'enquête des *Fake News* a été ouverte sans demande du ministère public. Cependant, l'enquête n'a pas été ouverte sans aucune base légale. Le Tribunal s'est fondé sur une disposition de son règlement intérieur qui permet l'ouverture d'une enquête lorsqu'il s'agit d'un crime commis dans les locaux du tribunal et a estimé que, dans la mesure où des crimes présumés commis sur Internet faisaient l'objet d'une enquête, cette exigence serait respectée – un fondement qui a été fortement attaqué par les critiques de l'enquête. Un autre point constamment évoqué est la prétendue partialité du ministre Alexandre de Moraes dans la conduite de ces faits, compte tenu des conflits présumés entre lui et l'ancien président Jair Bolsonaro et la plupart de ses alliés. Cependant, beaucoup affirment que, si ces conflits existent réellement, ils ont été motivés par les attaques constantes de l'ancien président contre le ministre du STF³⁶⁴, surtout après qu'il ait déjà été choisi pour mener l'acte. Ainsi, il ne serait pas possible de parler de reconnaissance d'empêchement ou de suspicion du juge, car ces instituts ne peuvent pas être provoquées par les parties, selon plusieurs dispositions du système juridique brésilien. En ce sens, par exemple, l'article 256 du Code de procédure pénale dispose que « la suspicion ne peuvent être déclarés ou reconnus lorsque la partie insulte le juge ou donne délibérément raison de le créer ».

Après avoir brièvement clarifié les critères retenus pour le choix des affaires analysées, passons aux commentaires sur l'activisme judiciaire au Brésil.

5. L'autoritarisme relationnel dans l'activisme judiciaire

L'une des principales questions à poser concerne la manière dont la tradition autoritaire brésilienne, abordée dans le chapitre précédent, influence la façon dont les idées et les phénomènes qui ont une importance centrale dans notre système judiciaire sont développés aujourd'hui. Pour bien comprendre ce problème, il est aussi saisir l'évolution des phénomènes étudiés. Ainsi, en plus du parcours historique déjà tracé dans le chapitre précédent sur les différentes théories qui ont été importées dans notre pays, il est également

³⁶³ Sur ce point, plus d'informations sur <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c14zip3l6d7o>, consulté le 26/06/2025.

³⁶⁴ Quelques exemples sont disponibles dans le rapport <https://www.estadao.com.br/politica/jair-bolsonaro-alexandre-moraes-stf-ataques/>, consulté le 26/06/2025. Il est également important de rappeler que de nombreux alliés de l'ancien président Jair Bolsonaro ont également lancé plusieurs attaques contre le ministre Alexandre de Moraes.

important de contextualiser l'activisme judiciaire lui-même, à travers l'analyse de certains aspects pertinents à l'évolution du concept étudié. Montesquieu, bien qu'il ait attribué une fonction secondaire au pouvoir judiciaire, avait déjà prévu, dans *L'Esprit des lois*, des mécanismes de contrôle mutuel entre les puissances, tels que ce qu'on appelle la « faculté de statuer » et la « faculté d'empêcher ». L'application de ces facultés donnerait à l'exécutif le pouvoir de freiner les initiatives du législatif, empêchant ainsi sa transformation en un pouvoir despotique. Le législatif, à son tour, pouvait examiner la manière dont les lois qu'elle avait rédigées étaient exécutées³⁶⁵. L'objectif de ces mécanismes était dans le même sens que la séparation des pouvoirs – exécutif, législatif et judiciaire – c'est-à-dire d'éviter la concentration des pouvoirs, en maintenant la cohérence avec la position de Montesquieu en tant que fervent critique de l'absolutisme monarchique.

Même si l'œuvre du penseur français est toujours restée une référence en la matière, la façon dont cette séparation s'opérera et la fonction de chacun des pouvoirs deviendront considérablement plus complexes au cours des siècles suivants. L'importance croissante accordée aux textes constitutionnels a placé le pouvoir judiciaire au centre de ce débat, notamment avec l'évolution de la notion d'État constitutionnel de droit. Ce concept s'est consolidé en Europe continentale après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Jusque-là, selon Luís Roberto Barroso, un modèle généralement identifié comme l'État de droit législatif était en vigueur. Dans celle-ci, la Constitution était comprise comme un document essentiellement politique, dont les normes n'étaient pas directement applicables, restant dépendantes de l'élaboration par le législateur ou l'administrateur. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le pouvoir judiciaire était également naissant. À l'époque, la centralité de la loi et la suprématie du parlement dominaient. Dans l'État constitutionnel de droit, la Constitution devient valide en tant que norme juridique, « non seulement en récyclant le mode de production des lois et des actes normatifs, mais aussi en fixant certaines limites à leur contenu, en plus d'imposer à l'État des devoirs d'action ».³⁶⁶ La suprématie de la Constitution est donc caractéristique de l'État constitutionnel de droit, avec la primauté d'une cour

³⁶⁵ L'interdépendance entre les pouvoirs est résumée par Montesquieu dans le passage suivant : Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative". MONTESSQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *De l'esprit des lois*. Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. Édition établie par Laurent Versini. Paris : Éditions Gallimard, 1995, p. 116.

³⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revue de la Faculté de Droit de l'Université d'État de Rio de Janeiro . Vol. 2, n. 21 (2012), p. 4.

constitutionnelle ou d'une cour suprême dans l'interprétation finale et contraignante des normes constitutionnelles.

La « nouvelle » herméneutique constitutionnelle qui a émergé en Europe au milieu du XXe siècle s'appuie sur le concept de force normative de la Constitution, développé par Konrad Hesse, en identifiant le texte constitutionnel non seulement comme une lettre d'intention, mais comme un document doté d'une force normative et d'une efficacité immédiate, servant de base à l'ensemble du système juridique. Hesse affirme que la force normative de la Constitution ne réside pas seulement dans l'adaptation à une réalité donnée. Il soutient également que, même si la Constitution ne peut pas, à elle seule, accomplir quoi que ce soit, elle peut imposer des tâches. La Constitution devient une force active si ces tâches sont accomplies efficacement, s'il existe une disposition légitime à orienter sa conduite selon l'ordre qu'elle établit³⁶⁷. Au Brésil, ce mouvement s'est renforcé avec la promulgation de la Constitution fédérale de 1988, conduisant de nombreux magistrats à adopter une position activiste. Le prétexte était, et est toujours, le dépassement du positivisme juridique par une herméneutique capable de favoriser la réalisation des droits fondamentaux et le projet démocratique prévu par le texte constitutionnel. Cependant, il est nécessaire de se rappeler que l'existence même de la Constitution est un facteur de limitation du pouvoir. On peut dire que le constitutionnalisme lui-même est un mouvement qui vise à limiter l'exercice du pouvoir. En ce sens, Lenio Streck affirme que « le constitutionnalisme peut être conçu comme un mouvement théorique juridico-politique dans lequel il cherche à limiter l'exercice du pouvoir sur la base de la conception de mécanismes capables de générer et de garantir l'exercice de la citoyenneté ».³⁶⁸

7.1 À la recherche d'une définition : qu'est-ce que l'activisme judiciaire ?

³⁶⁷ Hesse conclut que « la Constitution deviendra une force active si non seulement la volonté de puissance (Wille zur Macht), mais aussi la volonté de la Constitution (Wille zur Verfassung) sont présentes dans la conscience générale – en particulier dans la conscience de ceux qui sont les principaux responsables de l'ordre constitutionnel ». HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduit par Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre : S. A. Fabris Editor, 1991, p. 19.

³⁶⁸ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6e éd. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 69. Streck affirme également que *le fait qu'il n'existe pas de méthode qui puisse garantir la « justesse » du processus interprétatif - une dénonciation présente, soit dit en passant, déjà dans le huitième chapitre de la Théorie pure du droit de Hans Kelsen - n'autorise pas l'interprète à choisir le sens qui lui convient le mieux, qui serait de donner naissance à la discrétion et/ou au décisionnisme typique du modèle positiviste préconisé par Kelsen lui-même. La « volonté » et la « connaissance » de l'interprète ne constituent pas un sauf-conduit pour l'attribution arbitraire de significations, ni pour une attribution arbitraire de significations (qui est une conséquence inexorable de la discrétion)*. Ibid., p. 70.

Contrairement à l'autre phénomène juridique étudié dans le présent ouvrage – le garantisme pénal, qui sera abordé plus en détail dans le chapitre suivant – la définition de l'activisme judiciaire est assez houleuse. Selon Keenan D. Kmiec, l'activisme judiciaire n'est pas un concept monolithique. Le terme « activisme judiciaire », utilisé isolément, ne signifie pas grand-chose, compte tenu du fait que le terme a acquis de nombreux concepts différents, voire ³⁶⁹contradictaires.

On peut cependant dire que l'origine de l'activisme judiciaire se trouve aux États-Unis, plus précisément dans la décision rendue dans l'affaire *Lochner c. New York*, lorsque la Cour suprême a décidé que le principe de la liberté contractuelle était implicite dans la notion de procédure régulière, déclarant inconstitutionnelle la loi de l'État de New York qui établissait à 60 heures la limite de la journée de travail hebdomadaire des boulangers³⁷⁰. Cependant, le terme « activisme judiciaire » n'est pas apparu dans une décision d'un juge ou d'un tribunal, comme beaucoup pourraient le penser. Il a été introduit par un historien, Arthur Schlesinger Jr., dans un article adressé au grand public dans le magazine *Fortune*, intitulé *The Supreme Court : 1947*. Dans cet article, Schlesinger dresse le profil des neuf juges de la Cour suprême américaine de l'époque, en les divisant en trois lignes différentes : les « activistes judiciaires », les « champions de la retenue » (*champions of self-restraint*) et, enfin, une position intermédiaire, incluant dans cette dernière les juges qui n'étaient inclus dans aucune des lignes précédentes³⁷¹.

Si, dans le texte de Schlesinger, l'expression « activisme judiciaire » apparaît sans caractère évaluatif, puisqu'il n'est pas précisé quelle serait la « meilleure » posture pour un juge de la Cour suprême, il est nécessaire de noter que, pour beaucoup, l'activisme judiciaire a acquis un sens positif, étant donné que cette posture était associée à la défense des droits des groupes socialement vulnérables, comme l'explique Teixeira :

Cependant, les doutes existants quant au caractère positif ou péjoratif de l'expression ont été dissipés lorsque la position « activiste » a été incorporée par plusieurs juges non seulement de la Cour suprême : au cours des années 1950, la juridiction ordinaire a commencé à jouer un rôle important dans la défense des droits civils des minorités sociales, en particulier des minorités raciales.³⁷²

³⁶⁹ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review, vol. 92, n° 5 (octobre 2004), p. 1476-1477.

³⁷⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, Revista Direito GV, vol. 8, n. 1, 2012, p. 37.

³⁷¹ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review, vol. 92, n° 5 (octobre 2004), p. 1446.

³⁷² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, Direito GV Magazine, vol. 8, n. 1 2012, p. 40.

C'est sur la base de ce point de vue, qui attribue un caractère positif à l'activisme judiciaire, que de nombreux magistrats au Brésil soutiennent une position activiste, arguant que cette position aurait, également dans le contexte brésilien, la possibilité d'aider à la réalisation des droits fondamentaux.

Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, cette position est loin d'être consensuelle. En effet, comme le rappelle Kmiec, bien que l'activisme judiciaire soit un sujet pertinent, qui mérite une réflexion profonde de nature académique, l'expression est souvent utilisée sur un ton péjoratif, presque comme un délit. L'« activisme judiciaire » signifierait, dans ce contexte, une manière d'identifier les « juges qui se comportent mal ».³⁷³

Dans une perspective académique critique, Ronald Dworkin affirme que l'activisme est « une forme virulente de pragmatisme juridique ». Pour lui, un juge activiste ignorerait le texte de la Constitution, l'histoire de sa promulgation, les décisions précédentes de la Cour suprême qui ont cherché à l'interpréter, ainsi que les traditions, « imposant aux autres pouvoirs de l'État leur propre point de vue sur ce que la justice exige. La loi en tant qu'intégrité condamne l'activisme et toute pratique de juridiction constitutionnelle qui lui est proche ».³⁷⁴ Lenio Streck, dans la lignée de la Critique herméneutique du droit, affirme qu'« un juge ou un tribunal pratique l'activisme lorsqu'il décide sur la base d'arguments politiques, morales, bref, lorsque le droit est remplacé par les convictions personnelles de chaque magistrat (ou d'un groupe de magistrats) ».³⁷⁵

Il est donc clair que l'idée de suprématie constitutionnelle est totalement incompatible avec le décisionnisme. La Constitution est le fondement de tout le système juridique et, selon la Critique herméneutique du droit, elle doit être respectée dans chaque décision rendue par le pouvoir judiciaire, et ces décisions doivent rechercher la réponse la plus appropriée sur le plan constitutionnel au cas spécifique. Par conséquent, selon Streck, l'obligation de motiver les décisions, prévue par la Constitution, doit être réalisée de manière cohérente. Il n'y a donc pas de pouvoir discrétionnaire dans la fonction du juge. Chaque affaire a une réponse constitutionnellement adéquate, qui doit être recherchée par le magistrat. Les juges n'ont pas de pouvoir discrétionnaire et, par conséquent, n'ont pas de « libre conviction » et ne peuvent pas procéder à la « libre appréciation des preuves ». Les juges et les tribunaux ne doivent pas et ne peuvent pas juger selon leur conscience, car ce n'est ni

³⁷³ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review, vol. 92, n° 5 (octobre 2004), p. 1477.

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2e éd. São Paulo : Martins Fontes, 2007, p.452.

³⁷⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6e ed. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 651, nota de rodapé n. 155.

démocratique ni républicain, en raison du fait que ce qui se passe dans la conscience du juge peut ne pas coïncider avec la structure juridico-constitutionnelle du pays.³⁷⁶

Compte tenu de la diversité des interprétations sur le sujet, il est nécessaire de reprendre la différenciation entre la judiciarisation de la politique et de l'activisme judiciaire, dans les limites de ce travail. Il est fondamental de délimiter cette différenciation, car il y a des auteurs qui, lorsqu'ils conceptualisent l'activisme, dessinent clairement un phénomène qui englobe aussi – ou seulement – la judiciarisation de la politique. Luís Roberto Barroso, par exemple, comprend l'activisme comme « une participation plus large et plus intense du pouvoir judiciaire à la réalisation des valeurs et des objectifs constitutionnels, avec une plus grande ingérence dans l'espace d'action des deux autres pouvoirs ». ³⁷⁷

Sur la question, Clarissa Tassinari affirme que la judiciarisation de la politique est un phénomène contingent et inexorable, tandis que l'activisme judiciaire se consolide comme une posture, un comportement des juges et des tribunaux, qui, par un acte de volonté, prononcent leurs jugements, en extrapolant les limites de leur action³⁷⁸. Comprendre cette différenciation est fondamental, car ces deux concepts sont souvent traités dans notre pays comme des synonymes. Ainsi, l'activisme judiciaire n'est perçu par beaucoup que comme l'élargissement du champ d'action du pouvoir judiciaire, en raison d'une série de changements survenus dans la société. Conceptualisé de cette manière, il est impossible de formuler une critique cohérente de l'activisme judiciaire. Cependant, Tassinari démontre – y compris en recourant à la doctrine nord-américaine, où le débat sur l'activisme judiciaire est beaucoup plus ancien – que la croissance de la performance judiciaire en fonction d'un contexte social donné est le phénomène lié à la judiciarisation de la politique, tandis que l'activisme judiciaire ne fait référence qu'au comportement des juges, qui décident en utilisant des critères non juridiques. Bien que, la plupart du temps, ils essaient de donner un «habillage juridique » à leurs jugements.

Il est également nécessaire de se rappeler que l'activisme judiciaire doit, au Brésil, être compris dans notre contexte historique. La tradition autoritaire de notre pays a trouvé une belle justification dans l'activisme judiciaire. Chaque jour, dans notre système judiciaire, des

³⁷⁶ STRECK, Lenio. *Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas*. In STRECK, Lenio, ENGELMANN, Wilson, ROCHA, Leonel Severo. *Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica N° 09* - Annuaire du programme d'études supérieures en droit à UNISINOS. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2018.

³⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Journal de thèse. Rio de Janeiro . Vol. 5, N. 1 (2012), p. 25-26.

³⁷⁸ TASSINARI, Clarissa. *jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 36-37.

magistrats tranchent des questions sur la base de critères moraux, mais justifient leurs jugements par une fausse obéissance à des principes ou à des maximes d'interprétation qui, en fait, ne servent qu'à légitimer tout type de décision.

En ce sens, l'affirmation d'Alexandre Morais da Rosa, dans la présentation faite de l'œuvre de Clarissa Tassinari, est précieuse : « L'activisme brésilien est une farce où se cachent les décisionnistes habituels. [...] des trompeurs théoriques qui se vendent dans l'emballage cadeau de l'activisme, mais qui gardent des pratiques totalitaires ».³⁷⁹ Ou, pour reprendre les mots de Streck, en se référant au scénario juridique brésilien : « [...] la pondération, en fin de compte, a servi davantage à légitimer des décisions pragmaticistes qu'à résoudre, efficacement et qualitativement, les problèmes que le concret pose au Droit ».³⁸⁰ Il est important de comprendre que, sous prétexte de réaliser les droits fondamentaux et de réaliser le projet démocratique de la Constitution, la posture (activiste) des magistrats va souvent exactement dans la direction opposée. En d'autres termes, elle ignore ce qui est prévu dans la Constitution, ainsi que la législation qui lui est conforme – qui représentent la production démocratique du droit – en déplaçant le protagonisme vers l'interprète, qui, en règle générale, a une légitimité démocratique limitée.

Par conséquent, l'activisme judiciaire, au sens où il est compris ici, configure une pratique antidémocratique, qui cache une position autoritaire de la part des certains magistrats, qui décident en fonction de leurs convictions personnelles et non en fonction des normes en vigueur dans le système juridico-constitutionnel. Il est en effet ironique que, comme nous l'avons dit plus haut, cette position soit défendue par beaucoup comme un moyen de surmonter le positivisme juridique et de concrétiser le projet démocratique prévu par la Constitution.

L'activisme, cependant, n'est pas compatible avec la démocratie. Friedrich Müller, même dans une ligne post-positiviste, défend le respect du texte normatif, car il doit être traité comme une limite du processus interprétatif, ou, dans la terminologie utilisée par Müller, de la concrétisation. Il est clair que, pour les positions post-positivistes, une norme juridique est plus que son contenu littéral, mais – dans la Théorie Structurante du Droit – le contenu littéral fait partie, avec les ressources interprétatives auxiliaires, du « programme de normes », ayant ainsi une grande importance.

³⁷⁹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

³⁸⁰ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11e éd. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013, p. 422.

Les limites sémantiques du texte normatif ne peuvent être ignorées. Ces limites constituent une garantie de l'État de droit démocratique. La norme ne doit pas être confondue avec le texte normatif, mais il n'y a pas non plus de scission complète entre eux. La norme est toujours construite dans le cas concret, dans un processus qui implique la sélection des données de la réalité qui sont juridiquement pertinentes pour le cas en question et la collecte des textes normatifs pertinents pour ce cas ; C'est-à-dire que le texte et le cas sont constitutivement des données d'entrée dans concrétisation de la norme. Selon les mots de Müller, « la norme juridique ne peut pas être acceptée par la méthodique simplement comme quelque chose de déjà donné, le texte normatif établit, en tout cas, les limites extrêmes des hypothèses possibles. Il y a là un lien avec les tendances du positivisme scientifique qui visent à la clarté de l'État de droit ».³⁸¹ En d'autres termes, Müller indique clairement que la limite établie par le texte normatif est une garantie de l'État de droit. C'est dire à quel point est incongrue la posture d'un magistrat qui ignore le texte juridique sous prétexte de *concrétiser* l'Etat de droit démocratique.

Ici, nous pouvons voir la similitude avec ce que défend la Critique herméneutique du droit. En même temps que la CHD reconnaît que les textes ne sont pas « plénipotentiaires », porteurs de leur propre signification comme quelque chose de prêt et de fini, elle comprend aussi que le texte est quelque chose de fondamental dans le processus d'interprétation. Selon Streck, « le texte est un événement ; les textes ne produisent pas de « réalités virtuelles » ; Les textes ne sont pas de simples déclarations linguistiques ; les textes ne sont pas des mots dans le vent, des concepts métaphysiques qui ne concernent pas quelque chose (quelque chose comme quelque chose). C'est la spécificité du droit : les textes sont importants ». Selon l'auteur susmentionné, nous ne pouvons pas permettre que les textes « soient ignorés par des postures pragmatistes-subjectivistes, dans lesquelles le sujet soumet l'objet (ou l'invente simplement) ».³⁸²

Évidemment, nous ne prôtons pas un retour à un modèle positiviste exégétique, où le juge est la bouche de la loi – en fait, nous ne cherchons pas ici à soutenir une quelconque forme de positivisme juridique. Mais quelle serait l'alternative, alors ? La réponse est simple et réside exactement dans ce qui est proposé comme étant la Critique herméneutique du droit :

³⁸¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo : Revista do Tribunais, 2008, p. 197.

³⁸² STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6e éd. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 254.

une théorie de la décision³⁸³. Expliquer, en détail, la structure de cette théorie n'est pas l'objectif de cette thèse³⁸⁴, mais il est important de parler de quelques éléments de base. Tout d'abord, il est important de préciser qu'il ne s'agit pas d'une méthode³⁸⁵ d'élaboration ou de

³⁸³ Selon les mots de Streck : « En termes généraux, la CHD se caractérise par l'exploration de l'élément herméneutique qui est au cœur du phénomène juridique, en se concentrant, en tant qu'objet d'analyse privilégié, sur les problèmes liés à la décision juridique. C'est pourquoi la CHD peut également être interprétée comme une théorie de la décision ». STRECK, Lenio. *VVerdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6e éd. São Paulo : Saraiva, 2017, livre électronique, p. 52. En effet, bien que de nombreux critiques brésiliens cherchent à associer l'œuvre de Streck et la Critique herméneutique du droit au positivisme juridique – compte tenu de sa critique du solipsisme dans les décisions judiciaires – le fait est que les différentes formes de positivisme constituent exactement l'un des principaux éléments de la critique de CHD : « L'un des points centraux de cette proposition théorique est lié au dialogue – réalisé dans le style de la confrontation heideggérienne (Auseinandersetzung) – avec la tradition du positivisme juridique. Plus précisément, ce que je propose est quelque chose que nous pouvons nommer, avec Ernildo Stein et Harold Bloom, une 'délecture'. Il s'agit d'un processus qui vise à interpréter ou à dépasser, par le biais d'un autre texte, une certaine tradition de pensée qui devient possible grâce à la condition de 'retard' (Bloom) que l'on possède par rapport à la production précédente. Cette condition finit par 'permettre un acte de révision originelle, en concurrence avec la réalité dont parle le texte théorique de la tradition'. Ainsi, cette confrontation ou cette délecture a pour objet la tradition que nous pouvons nommer, à partir de la distinction proposée par Bobbio, comme positivisme conceptuel ou méthodologique – qui en d'autres endroits peut être appelé positivisme doctrinal – et qui a comme jalon initial le positivisme normativiste de Hans Kelsen. Cependant, mon analyse a parfois fait l'objet de malentendus et de mésentendus face à un déficit par rapport à la compréhension de la tradition que je me propose d'analyser : le positivisme juridique. Toutes mes analyses ont toujours cherché à mettre à nu les différentes formes que le positivisme a prises au cours de l'histoire, depuis sa naissance stricto sensu au XIXe siècle. Le positivisme est donc bien plus que ce qu'était sa formulation originelle – le légalisme (exégétisme français, jurisprudence des concepts allemande et jurisprudence analytique anglaise) ». Ibid., p. 52 à 54.

³⁸⁴ Il existe plusieurs ouvrages dans lesquels sont présentés des éléments de la théorie de la décision judiciaire de la Critique herméneutique du droit, dont les principaux sont *Vérité et consensus*, *Dictionnaire d'herméneutique*, *Juridiction constitutionnelle et décision juridique* et *Herméneutique juridique et(en) Crise*.

³⁸⁵ La destruction de la méthode est, en effet, à la base de la réflexion philosophique proposée dans le cadre de la CHD. Commentant les critiques de l'herméneutique formulées par Castenheira Neves, Streck précise que « Fondamentalement, il semble que nous soyons tous les deux d'accord pour dire que l'herméneutique contribue beaucoup à la réalisation du Droit en tant que processus constant, diachroniquement inachevé, mais qui, du point de vue synchronique, dans son application concrète et singulière, exige des réponses correctes. De toute façon, l'insistance sur l'exigence de validité (ou sur les conditions de sa mesure) peut conduire à un prestige excessif d'une méthodologie – ce qui, en spécificité, il faut le noter, n'est pas le cas de Castanheira Neves – mais qui, dans le cadre de la théorie du droit, gagne de jour en jour des adeptes, courant le risque de reprendre une herméneutique de la subsomption du droit, reprenant un chemin que nous avons longtemps cherché à abandonner.

En d'autres termes – et j'ai insisté sur ce point – ce problème de la « validité de l'explicitation de la compréhension » (donc de la validité de l'interprétation) doit être analysé du point de vue de la destruction de la méthode qui est fournie par Gadamer. En fait, il n'y a pas de déficit de méthodologie ou de rationalité dans ce domaine. Cette rupture ne signifiait pas une entrée dans l'irrationalité ou le relativisme philosophique. Bien au contraire. Comme l'intégrité chez Dworkin, l'herméneutique est fondée sur l'autorité de la tradition, qui peut être authentique ou inauthentique, ainsi que sur l'importance du texte (qui, chez Gadamer, est un événement, comme je l'ai montré ailleurs). Gadamer précise que l'absence de méthode ne signifie pas que l'on peut attribuer des significations arbitraires à des textes. Dans la mesure où l'interprétation a toujours lieu dans un cas concret, non seulement il est clair qu'il est impossible de séparer entre *quaestio facti* et *quaestio juris*, mais elle confère également à cette matrice la dimension problématique tant louée par Castanheira Neves lui-même. L'herméneutique n'est pas seulement une question de facticité ; Il n'explique pas seulement comment le sens ou les conditions par lesquelles nous le comprenons sont donnés. En fait, parce qu'il est basé sur la circularité herméneutique, le fait et le droit sont combinés dans une synthèse, qui ne se produit que

vérification d'une décision. Il ne s'agit pas d'un processus étape par étape, au bout duquel un résultat sera donné, comme une opération mathématique. D'autre part, la discussion juridico-philosophique proposée aboutit aux cinq principes qui guident la théorie de la décision formulée par la Critique herméneutique du droit, qui sont : (a) la préservation de l'autonomie du droit ; b) le contrôle herméneutique de l'interprétation constitutionnelle ; c) le respect de l'intégrité et de la cohérence de la loi ; d) l'obligation fondamentale de justifier les décisions ; et e) le droit fondamental à une réponse constitutionnellement adéquate.

Evidemment, chacun de ces principes suscite dans sa formulation plusieurs réflexions et questions. La préservation de l'autonomie du droit, par exemple, impose l'analyse de l'éventuelle compromission de la décision avec des arguments moraux, politiques ou économiques. Le contrôle herméneutique de l'interprétation constitutionnelle pose la question du pouvoir discrétionnaire dans la décision, ainsi que celle de savoir s'il faut ou non procéder à une reconstitution de l'histoire institutionnelle de la règle appliquée. Le respect de l'intégrité et de la cohérence du droit pose la question de la possibilité d'universaliser ce qui a été décidé. Le devoir fondamental de justifier les décisions implique la nécessité, entre autres, d'analyser l'ensemble des arguments soulevés par les parties concernées. Le droit fondamental à une réponse constitutionnellement adéquate établit que la réponse inscrite dans la décision a été obtenue sur la base du droit, entendue comme ce qui émane des institutions juridiques, et que les questions qui s'y rapportent trouvent nécessairement des réponses dans les lois, les principes constitutionnels, les règlements et les précédents fondés sur la Constitution, et non dans la volonté individuelle de l'applicateur. Il y a, en outre, certains aspects pratiques, tels

concrètement, dans l'applicatio (rappelons-nous toujours que la connaissance, l'interprétation et l'application ne sont pas divisées). Si interpréter, c'est rendre explicite ce que nous comprenons, la question qui se pose est la suivante : cette explicitation serait-elle le lieu de la validité ? Si cette affirmation est vraie – et je crois que ce n'est pas le cas – alors nous serions confrontés à un autre problème : que faire des *quaestio facti* ?

Troisièmement et enfin, je dois dire que l'herméneutique philosophique, ainsi que la théorie intégrative dworkinienne, est bien une théorie de la décision, problématique que j'ai retravaillée sous le nom de Critique herméneutique du droit, y compris une critériologie de la prise de décision. La différence est que les deux n'admettent pas ce qui est au cœur de la majorité expressive des théories juridiques contemporaines : le pouvoir discrétionnaire des juges. Si l'herméneutique et la théorie intégrative ne se préoccupaient pas de la décision, elles seraient relativistes, admettant plusieurs réponses à chaque problème juridique. Il ne fait aucun doute qu'une théorie juridique démocratique doit se préoccuper de la validité normative et juridique du jugement décisionnel concret. Ce qui ne peut être accepté, c'est que, pour parvenir à ce jugement décisionnel, des jugements discrétionnaires sont possibles, ce qui renforcerait encore le solipsisme interprétatif basé sur une subjectivité particulariste. Dans STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6e éd. São Paulo : Saraiva, 2017, livre électronique, p. 1161.

que les six hypothèses selon lesquelles le pouvoir judiciaire peut ne pas appliquer une loi (*lato sensu*) ou une disposition légale³⁸⁶.

Inutile de dire que toute proposition visant à l'adoption d'une théorie de la décision se heurte à une énorme résistance au sein du système judiciaire brésilien. Même si les questions liées à la théorie du droit elle-même sont toujours présentes dans le débat, il n'y a aucun moyen d'écarter la perception que toute forme de contrôle effectif des décisions irait à l'encontre de la tradition autoritaire de notre pouvoir judiciaire – et de notre société – qui est précisément l'objet de cette thèse.

³⁸⁶ Dans ce contexte, le premier pas – ou le principal – pour préserver l'autonomie de la loi peut/doit être tiré de l'épreuve des six hypothèses par lesquelles le pouvoir judiciaire peut ne pas appliquer une loi (*lato sensu*) ou une disposition légale. Si aucun d'entre eux n'est présent, on sera confronté au devoir fondamental d'appliquer la loi votée par le parlement (ou l'acte normatif émanant d'autres sphères de pouvoir légitimes), préservant ainsi le haut degré d'autonomie de la loi dans le paradigme de l'État démocratique. Ainsi, le pouvoir judiciaire ne peut manquer d'application d'une loi que a) lorsque la loi (l'acte normatif) est inconstitutionnelle, auquel cas il cessera de l'appliquer (contrôle diffus de la constitutionnalité *stricto sensu*) ou la déclarera inconstitutionnelle par un contrôle concentré ; b) lorsqu'il s'agit de l'application des critères de résolution des antinomies. Dans ce cas, il faut faire attention à la question constitutionnelle, puisque, par exemple, la *lex posterioris*, qui déroge à la *lex anterioris*, peut être inconstitutionnelle, avec laquelle les antinomies ne sont plus pertinentes ; c) lors de l'application de l'interprétation conforme à la Constitution (*verfassungskonforme Auslegung*), auquel cas il devient nécessaire d'ajouter un sens à l'article de loi afin que la norme soit pleinement conforme à la Constitution. Dans ce cas, le texte de la loi (compris dans sa « littéralité ») restera intact ; ce qui change, c'est son sens, altéré par une interprétation qui le rend adéquat à la Constitution ; d) lorsqu'il applique la nullité partielle sans réduction du texte (*Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*), dans laquelle la littéralité de la disposition demeure, et seule sa portée est modifiée, c'est-à-dire qu'il y a exclusion expresse, pour cause d'inconstitutionnalité, de certaine(s) hypothèse(s) d'application (*Anwendungsfälle*) du programme normatif sans modification expresse du texte juridique. Ainsi, alors que dans l'interprétation conforme il y a une addition de sens, dans la nullité partielle sans réduction du texte, il y a une abduction de sens ; e) lorsqu'il s'agit d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec réduction de texte, auquel cas l'exclusion d'un mot entraîne le maintien de la constitutionnalité de la disposition. f) Lorsque, et c'est absolument banal et courant, il s'agit de ne pas appliquer une règle face à un principe, compris non comme des *standards* rhétoriques ou des déclarations performatives. Bien sûr, cela n'a de sens qu'en dehors de tout pamprinciologisme. C'est par l'application du principe qu'il sera possible de ne pas appliquer la règle à un cas donné (l'application du principe se fera toujours, puisqu'il n'y a pas de règle sans principe et que le principe n'existe qu'à partir d'une règle – pensons par exemple à la règle du vol, qui est « suspendue » en cas d'« insignifiance »). Une telle circonstance, évidemment, impliquera un engagement de la part de la communauté juridique, dans la mesure où, sur la base d'une exception, des cas similaires nécessiteront – mais nécessiteront même – une application similaire, grâce à l'intégrité et à la cohérence. Il s'agit de comprendre les principes dans leur caractère déontologique et non pas simplement téléologique. Étant donné qu'une règle n'existe – au sens de l'applicatio hermeneutique – que sur la base d'un principe qui densifie son contenu, la règle ne persiste, dans ce cas concret, que si elle n'est pas incompatible avec un ou plusieurs principes. La règle reste en vigueur et valide ; elle ne cesse d'être appliquée que dans ce cas précis. Si la règle est, définitivement, inconstitutionnelle, alors l'hypothèse 1 s'applique. D'autre part, il doit être clair qu'un principe n'acquiert une existence herméneutique que par une règle. C'est donc de cette différence ontologique (*ontologische Differenz*) que le sens de la résolution du cas concret est extrait. En dehors de ces hypothèses, c'est-à-dire si l'hypothèse ne rentre pas dans l'un des éléments spécifiés ci-dessus, le premier principe, celui de l'autonomie de la Loi, sera violé. Dans STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6e éd. São Paulo : Saraiva, 2017, livre électronique, p. 1437-1440.

5.2 Comprendre par la différence : autres points de vue sur l'activité juridictionnelle

5.2.1 Les limites de l'activité juridictionnelle

Après avoir esquissé les contours conceptuels de l'activisme judiciaire, ainsi qu'un bref historique de celui-ci, il est nécessaire d'entrer dans ce que certains auteurs considèrent comme les limites de l'activité judiciaire ou, même, les éléments qui expriment la nature de cette activité. Il ne fait aucun doute qu'il ne s'agit que d'un autre regard sur le même thème. Parler d'activisme judiciaire, c'est, dans une certaine mesure, s'occuper de l'activité judiciaire, de ses limites et de sa nature. Il est également intéressant de noter que de nombreux auteurs qui travaillent dans cette perspective ont une vision beaucoup plus positive de ce que l'on peut identifier comme de l'activisme judiciaire – bien qu'ils n'utilisent pas tous cette expression. L'analyse de la manière dont ces arguments sont développés permet de comprendre comment se développent les débats sur l'activisme.

Ici, il faut partir de l'idée même de liberté de pensée des magistrats. Jorge Malem Seña affirme que, indépendamment de la période historique analysée et de l'origine ou du fondement de leur activité, les juges ont toujours été tenus de se comporter d'une manière qui ne correspond pas aux mêmes exigences que d'autres pratiques juridiques ou d'autres professions, y compris celles dites humanistes. C'est comme si la « vie privée vertueuse » que les juges doivent mener d'un point de vue moral était une condition nécessaire pour qu'ils puissent développer correctement, d'un point de vue technique, leur propre fonction juridictionnelle³⁸⁷.

Il est certain, cependant, qu'en tant que citoyens, les magistrats ont aussi le droit fondamental à la liberté de pensée, qui est l'un des fondements de toute société démocratique. La question, comme le rappelle Seña, est de déterminer si la liberté idéologique dont jouissent les citoyens est exercée avec le même contenu par les juges et les magistrats et si elle a un impact sur l'activité de jugement et d'exécution du jugement. Ce point est pertinent puisque, dans les États démocratiques, la loi tente d'empêcher que les décisions judiciaires ne soient déterminées ou influencées par la subjectivité des juges et des magistrats. Elle cherche à ignorer les aspects personnels qui jouent un rôle décisif dans la juridiction. L'exigence de

³⁸⁷ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces : ideología, política y vida privada*. 1 éd. Mexico : Tirant lo Blanch ; 2017, p. 83.

motivation et la possibilité de révocation ou de récusation des juges sont des mécanismes destinés à assurer l'objectivité, toujours relative, de la pratique judiciaire³⁸⁸.

Cependant, personne n'ignore que de nombreux juges et magistrats révèlent une partie de leur idéologie dans au moins certains des aspects liés à l'activité de juge, que ce soit dans l'interprétation des textes juridiques qui conduiront au verdict, dans la formulation d'hypothèses et dans l'appréciation des preuves qui constitueront plus tard les faits prouvés ou dans l'application de la loi. Tout cela est plus ou moins favorisé en fonction des systèmes juridiques spécifiques et du degré de discrétionnarité légalement autorisé avec lequel ils agissent. Ainsi, l'idéologie a un impact différent sur la résolution des conflits portés devant le pouvoir judiciaire³⁸⁹.

Selon Taruffo, l'élément nouveau qui a rompu avec la manière traditionnelle d'appréhender l'activité du juge est constitué par l'émergence, en termes de plus en plus clairs, du problème des valeurs dans la jurisprudence, au moment où le juge cesse d'être perçu comme une « fonction » pure et abstraite ou comme une « machine » neutre, et apparaît, au contraire, en tant que porteur de valeurs éthico-politiques et en tant que protagoniste des conflits sociaux. Il est donc nécessaire d'aller au-delà des simples déclarations de principe sur le rôle des valeurs dans l'interprétation et l'application du droit, typiques de l'approche strictement juridique, afin d'aborder le problème à l'aide d'instruments méthodologiques appropriés. Par conséquent, d'une part, c'est la figure du juge, avec ses valeurs et ses idéologies, qui devient l'objet de l'enquête sociologique, tandis que, d'autre part, l'objet de cette enquête est la décision en tant qu'expression concrète, au-delà des couches dogmatiques axiologiquement « neutres » des valeurs et des idéologies dont le juge est porteur³⁹⁰.

Taruffo insiste également sur la nécessité de parler de l'activité du juge en termes politiques, affirmant que la valeur des arguments avec lesquels on tente de nier le caractère scientifique et, par conséquent, la légitimité des études politiques sur la justice est rare, affirmant qu'une approche de ce type permet d'identifier des éléments de l'activité du juge qui, non par hasard, échappent au filtre juridico-dogmatique et jouent un rôle essentiel tant dans la formation de la décision que dans son expression et sa justification. Ainsi, les définitions de la

³⁸⁸ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces : ideología, política y vida privada*. 1 éd. Mexico : Tirant lo Blanch ; 2017, p. 28.

³⁸⁹ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces : ideología, política y vida privada*. 1 éd. Mexico : Tirant lo Blanch ; 2017, p. 29.

³⁹⁰ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. Mexique : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 12-13.

motivation qui s'expriment dans le domaine strictement juridique seraient totalement incapables de résoudre les problèmes liés à la motivation des décisions judiciaires et ne fourniraient même pas d'éléments adéquats pour y remédier. Ces définitions ont été élaborées avec peu de profondeur dans le domaine des phénomènes juridiques, avec une attention encore plus précaire aux implications inévitables d'une nature méta-juridique présente dans la motivation. Leur champ d'opérabilité et de validité scientifique serait donc extrêmement limité, et ces définitions ne sont capables de décrire qu'une petite partie du phénomène dont elles tentent d'épuiser l'analyse³⁹¹.

Considérer la motivation comme un acte du juge n'implique cependant pas seulement d'attribuer plus de poids au rôle que joue le juge en tant qu'« émetteur » du signe linguistique qui compose la motivation, mais aussi d'insérer le phénomène dans un cadre conceptuel différent d'un point de vue essentiellement sémiologique, dont les grandes lignes sont constituées par les normes et principes juridiques qui régissent les caractéristiques pertinentes de la motivation dans la sphère du procès. Il est également important de préciser que l'existence de cette autre classification possible de la motivation, basée sur la référence au sujet qui la génère et la procédure dans laquelle elle s'insère, ne signifie pas seulement un élargissement de l'ensemble des points de vue à partir desquels la motivation ne peut pas être étudiée, mais a également une influence décisive sur la solution du problème dans le choix de la perspective la plus appropriée pour l'enquête, et qui n'avait pas été résolue auparavant. Il est clair que, dans la mesure où l'on entend identifier la nature juridique de la motivation, ce choix ne doit pas viser à réfuter toutes les opinions qui ne sont pas strictement légales, mais, au contraire, à adopter les perspectives qui sont utiles pour résoudre le problème juridique. D'autre part, la nécessité d'une telle intégration découle non seulement de la pluralité des points de vue valables, mais surtout du fait que l'ensemble des normes et principes juridiques relatifs à la motivation ne semble pas fournir d'éléments suffisants pour une définition acceptable du phénomène³⁹².

Taruffo nous dit que la rationalité du raisonnement du juge ne découle pas de l'existence d'une structure formelle obligatoire, ni de son unilatéralité et de son homogénéité logique. Cette rationalité existe, au contraire, dans la mesure où les différents facteurs qui

³⁹¹ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. Mexique : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 13-14.

³⁹² TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. Mexique : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 37.

entrent dans ce raisonnement ont leur propre rationalité par rapport à leurs différentes formes de fonctionnement et dans la mesure où ils s'organisent dans un contexte souple dans chaque cas ; contexte cohérent avec le rôle que le raisonnement du juge entend jouer, selon qu'il s'agit du processus de décision, visant à formuler une décision rationnelle, ou de la procédure justificative – cherchant à formuler une motivation rationnelle de la décision. Le problème est donc aussi de développer des modèles représentatifs de la structure de ces procédures, dans lesquels le renoncement à l'homogénéité et à la cohérence interne absolues devrait permettre d'obtenir une plus grande efficacité représentative du modèle par rapport au phénomène analysé. La structure d'ensemble du raisonnement du juge résulte donc de l'interrelation entre la fonction de raisonnement considérée dans son ensemble et la fonction que chacun des éléments qui le composent remplit dans son champ d'application. Il ne s'agit évidemment pas d'une structure simple et homogène, mais elle permet d'identifier celles qui pourraient être considérées comme les constantes formelles d'un phénomène dont la nature concrète connaît une variété pratiquement infinie de manifestations³⁹³.

À partir de ce profil, les liens entre l'obligation de motivation et la « participation du peuple à l'administration de la justice » sont clairs. D'une part, les formes de participation directe au procès matérialisent (avec les limites de l'affaire) des formes de contrôle pendant le procès, idéales pour garantir indirectement une sorte d'influence extérieure sur le juge, mais, à l'exception unique et discutable du jury populaire, elles ne matérialisent pas la participation (et, par conséquent, le contrôle sur le juge) au moment précis de la décision. Il s'agit de formes anticipées et donc indirectes d'ingérence dans le processus, au-delà desquelles le « monopole du pouvoir » du juge en tant qu'organe de l'État existe à nouveau. Dans ce type de systèmes, l'extension éventuelle des formes de participation au procès – mais pas dans la décision – peut rendre l'ingérence indirecte plus intense, mais elle n'efface pas la séparation entre la participation et le pouvoir monopolistique du juge, un phénomène qui risque de dégénérer en un sens autoritaire, dans la mesure où le juge est idéologiquement insensible aux résultats de la participation au processus des sujets qui représentent idéalement l'environnement social extérieur. Ainsi, cette forme particulière de participation du peuple à l'administration de la justice, qui s'exprime dans le contrôle démocratique *a posteriori* du

³⁹³ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. Mexique : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 199-200.

degré de justification de l'acte par lequel le juge « rend » justice, par motivation, acquiert une importance particulière, de nature politique³⁹⁴.

Il est donc nécessaire de souligner que, selon Taruffo, l'existence de facteurs méta-juridiques qui font partie du processus de formation des décisions judiciaires est évidente. Le fait que ces éléments qui vont au-delà de la dogmatique juridique soient inévitables, associés à l'existence du « monopole du pouvoir » susmentionné du juge dans l'exercice de sa fonction, comporte le danger évident d'une dégénérescence autoritaire de l'activité. Cependant, pour l'auteur, ce risque peut être évité par le raisonnement des décisions, associé, bien sûr, à l'obéissance d'un *iter* procédural. En d'autres termes, le caractère démocratique de la Justice s'exprime dans le raisonnement – et dans la possibilité conséquente de contrôle – des décisions.

Pour Mauro Cappelletti, il n'y a aucun doute sur le rôle créatif que joue le juge. Déjà dans la présentation de son livre *Juges législateurs ?* Il affirme que l'étude susmentionnée « n'a pas pour but de démontrer la vérité banale, bien qu'infiniment niée ou cachée, à toutes les époques et avec une persévérance intarissable, de la créativité de la jurisprudence ». Son objectif est seulement d'enquêter sur les raisons pour lesquelles cette créativité est devenue de plus en plus nécessaire dans les sociétés d'aujourd'hui, ainsi que d'identifier les particularités « du processus juridictionnel, qui, par essence, reste distinct du processus législatif, avec toutes les conséquences - 'faiblesses' et 'vertus', réelles ou potentielles - résultant d'une telle différence ».³⁹⁵

Le point principal ne serait donc pas l'opposition conceptuelle entre l'interprétation et la création du droit. Le vrai problème résiderait dans le « degré de créativité et les modes, les limites et l'acceptabilité de la création du droit par les tribunaux ». Cappelletti déclare que :

L'intention ou le résultat principal de cette discussion très large était de démontrer que, avec ou sans la conscience de l'interprète, un certain degré de discrétionnarité, et donc de créativité, est inhérent à toute interprétation, non seulement à l'interprétation de la loi, mais aussi à l'égard de tous les autres produits de la civilisation humaine, tels que la littérature, la musique, les arts visuel, la philosophie, etc. En réalité, l'interprétation signifie pénétrer les pensées, les inspirations et le langage d'autrui pour les comprendre et, dans le cas du juge, non

³⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. Mexique : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 356-357.

³⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. par Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Fabris, 1993, p. 10.

moins que dans le cas du musicien, par exemple, en les reproduisant, en les « appliquant » et en les « interprétant » dans un contexte nouveau et diversifié, de temps et de lieu³⁹⁶.

Dans le même ordre d'idées, Olivo affirme qu'il est nécessaire de reconnaître que « le droit judiciaire assume un rôle beaucoup plus pertinent qu'une simple pratique herméneutique », ainsi que, dans le constitutionnalisme moderne, les juges assument le rôle de législateurs de manière de plus en plus claire, puisqu'ils ont besoin de réaffirmer leur pouvoir face à la présence croissante du pouvoir exécutif dans les actions de l'État. Il affirme également que la position prétendument neutre et impartiale que le pouvoir judiciaire, pendant une longue période, a maintenue n'est plus justifiée, étant éloignée des principaux débats qui ont eu lieu dans la société³⁹⁷.

Cependant, lorsqu'il est affirmé qu'il n'y a pas d'opposition claire entre l'interprétation et la création du droit, il devient nécessaire d'opérer une distinction. Cappelletti rappelle que la reconnaissance qu'il est intrinsèque à tout acte d'interprétation « un certain degré de créativité ou, ce qui revient au même, un élément de discrétionnarité et donc de choix », ne peut être confondue avec l'affirmation de la liberté totale de l'interprète. Discrétionnarité ne signifie pas arbitraire, et le juge, « bien qu'inévitablement le créateur de la loi, n'est pas nécessairement un créateur totalement libre de liens ». Il est nécessaire de souligner, en effet, que les systèmes juridiques en général ont cherché à établir et à appliquer certaines limites, tant procédurales que matérielles, à l'activité³⁹⁸ juridictionnelle.

Un argument similaire est développé par des auteurs qui défendent le courant du monisme. Selon la théorie moniste du système juridique, il n'y a pas de droit subjectif avant la sentence. Par conséquent, le juge crée herméneutiquement le droit (*ius*), et avant cela, il n'y a que la loi (*lex*). Selon Darci Guimarães Ribeiro, dans la phase précédant le procès, il n'y a pas exactement un droit subjectif, mais seulement un avantage objectif. C'est un avantage parce que le système juridique, par sa fonction principale de prioriser les intérêts de la société, favorise l'intérêt d'une personne au détriment de l'autre. Elle est également objective parce

³⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. par Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Fabris, 1993, p. 21.

³⁹⁷ OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. *Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*. Séquence d'études juridiques et politiques, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 83-112, 2000. DOI : 10,5007/ %x. Disponible à l'adresse : <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15417>. Consulté le : 30 janv. 2023.

³⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. par Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Fabris, 1993, p. 23-24.

qu'elle est prévue dans le système juridique lui-même. Cet avantage objectif, pour qu'il s'agisse d'un « droit subjectif », acquérant le véritable statut de redressement définitif, au sens strictement technique du terme, doit être confirmé par une sentence³⁹⁹.

Dans le même sens, Ramos Mendez affirme que la structure du jugement juridictionnel confirme que c'est là qu'a lieu la conjonction du droit et de la procédure, et qu'au-delà de la simple activité des parties et du juge, il y a la lutte pour le droit : c'est-à-dire la génération du droit à travers la dynamique de l'action et de la juridiction. La prédominance des jugements de valeur et leur caractère éminemment créatif est un argument clair qui nous invite à dépasser le dualisme droit matériel/droit procédural.⁴⁰⁰ En fait, il soutient que le juge doit toujours choisir la solution de l'affaire, doit participer à la création du droit de la partie. Cela nous permet de conclure que, bien que dans une perspective dualiste de la relation juge/norme le phénomène puisse accentuer le caractère créateur de la juridiction, dans une perspective moniste il se limite à être une conséquence logique de la fonction attribuée au juge dans le système juridique⁴⁰¹.

Si l'on identifie la loi à la norme juridique, alors la fonction judiciaire est évidemment réduite à une application de la loi. Mais si une telle identité est niée, la réponse doit être différente. La relation juge/loi dans le procès, pour Ramos Mendez, est toujours résolue dans son sens originel : la création juridictionnelle de la loi. Cela ne signifie pas que le juge agit en tant que législateur lorsqu'il crée la loi. Le juge qui crée la loi remplit précisément une fonction juridictionnelle et non législative⁴⁰².

Cependant, il ne fait aucun doute que, même dans une perspective moniste, l'un des éléments à prendre en considération par le magistrat au moment de la création du droit (*jus*) est le texte juridique qui lui a donné naissance (*lex*). Ce texte ne définit pas l'interprétation, et plusieurs autres facteurs doivent faire partie du processus d'interprétation, y compris, entre autres, l'expérience propre du magistrat⁴⁰³. Mais la création judiciaire du droit au moment de

³⁹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva : hacia una teoria procesal del derecho. Lieu : J.M. Bosch, 2004, p. 44.

⁴⁰⁰ MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelone : Libreria Bosch, 1979, p. 185.

⁴⁰¹ MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelone : Libreria Bosch, 1979, p. 207.

⁴⁰² MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelone : Libreria Bosch, 1979, p. 202-203.

⁴⁰³ Selon Ramos Mendez, *malgré les données extrêmes de la norme, il faut garder à l'esprit que la loi est fondamentalement formée « par une série d'expériences vécues ou d'expériences existentielles, qui sont, à proprement parler, decisiones de cas concrets, bien qu'à certains moments elles puissent apparaître comme des généralisations de ces expériences ou des décisions hypothétiques. Dans* MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelone : Libreria Bosch, 1979, p. 201-202.

la sentence ne doit pas être confondue avec l'arbitraire. Le magistrat n'est pas autorisé à dire quoi que ce soit, ignorant complètement les précédents, les possibilités sémantiques du texte légal et la raisonnable

On peut donc voir que le trait commun le plus frappant entre les auteurs susmentionnés est le souci de l'arbitraire. C'est le plus évident, bien sûr, chez ceux qui défendent la nécessité de normes décisionnelles plus strictes pour les juges. Cependant, même ceux qui défendent un espace de discrétionarité plus important dans l'activité juridictionnelle, englobant les valeurs personnelles et les idéologies des magistrats, marquent toujours une ligne très importante avant l'arbitraire.

5.2.2 La démocratie continue de Dominique Rousseau

Il est évident, à partir de tous les éléments déjà exposés, que la définition de l'activisme judiciaire adoptée dans cette thèse s'accompagne d'une forte critique de ce qui est présenté, mais, en même temps, il est également clair qu'il existe des points de vue différents sur le sujet – certains tout à fait différents de ce qui est défendu ici. Bien qu'il ait déjà été dit que la critique adoptée ne vise pas une présence plus ou moins grande du pouvoir judiciaire dans le processus de prise de décision sur des questions pertinentes de la société, mais plutôt une certaine posture des juges, il est pertinent d'apporter à la discussion un autre point de vue sur le rôle que le pouvoir judiciaire peut jouer dans la société, afin de clarifier certaines questions. Dans l'ouvrage *Radicaliser la démocratie : Propositions pour une refondation*, l'auteur Dominique Rousseau construit une critique intéressante du contexte politique actuel de la France, proposant également une alternative institutionnelle au scénario de crise de représentativité qu'il identifie – une alternative qui implique l'action du pouvoir judiciaire.

En critiquant spécifiquement l'institution du référendum – ou, du moins, la lecture que en font de nombreux penseurs – Rousseau affirme que ledit institut est souvent présenté comme « l'expression directe de la volonté du peuple », et que le Conseil constitutionnel français a validé cette pensée lorsque, en 1962, il a refusé de contrôler les lois adoptées par le peuple par voie référendaire. Cependant, il rappelle que cet institut a déjà été utilisé pour légitimer des processus politiques qui pourraient difficilement être considérés comme positifs pour la démocratie des pays qui l'ont adopté, comme lorsque, en 2017, le président turc Recep

Erdogan a réussi à approuver, par référendum, une réforme de la Constitution qui lui a permis de concentrer tous les pouvoirs constitutionnels entre ses mains⁴⁰⁴.

Un autre exemple important qui est mentionné concerne le traitement juridique des relations entre personnes de même sexe dans certains pays. En Croatie, en 2013, une pétition a été lancée appelant à un référendum dans le but d'inscrire dans la Constitution de ce pays le principe selon lequel le mariage ne peut être célébré qu'entre un homme et une femme. Comme cette pétition a recueilli 750 000 signatures, soit plus d'un dixième de l'électorat, le Parlement avait l'obligation d'organiser le référendum, qui a eu lieu la même année et 66 % des électeurs croates ont voté en faveur de l'amendement constitutionnel interdisant le mariage homosexuel. En France, à la même époque, une pétition signée par 700 000 personnes a été soumise au Conseil économique, social et environnemental, demandant l'organisation d'un référendum sur le sujet. Étant donné que la Constitution française n'oblige pas les pouvoirs publics à organiser un référendum, la question a été tranchée par le Parlement et, en mai 2013, la loi autorisant le mariage homosexuel a été approuvée. Au Brésil, le Conseil national de la justice a décidé – sur la base de l'arrêt paradigmatique de l'Action directe d'inconstitutionnalité (ADI) 4277 et de l'Allégation de non-respect d'un précepte fondamental (ADPF) 132 sur les unions homosexuelles – que l'article 226 de la Constitution brésilienne, qui n'accorde la protection de l'État qu'à l'union entre un homme et une femme, était contraire au principe d'égalité et, ainsi, il conférerait aux bureaux d'état civil le pouvoir de célébrer des mariages entre personnes de même sexe⁴⁰⁵.

Dominique Rousseau conclut donc que :

Croatie : référendum ; France : Parlement ; Brésil : juge. Si le critère d'évaluation est l'idée selon laquelle « un démocrate ne peut pas repousser l'idée de référendum qui est l'expression directe de la volonté du peuple », la réponse s'impose : la Croatie est le pays le plus démocratique, le Brésil le moins ; l'interdiction du mariage homosexuel en Croatie est une décision démocratique, son autorisation au Brésil ne l'est pas. Et pourtant, indépendamment de sa position personnelle sur le mariage pour tous, cette réponse crée un malaise dans la mesure où le juge brésilien a fondé sa décision sur un principe éminemment démocratique, le principe d'égalité, qui pourrait justifier de qualifier son jugement de « démocratique », alors que le

⁴⁰⁴ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2019, p. 99-100.

⁴⁰⁵ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2019, p. 104-105.

peuple croate a pris une décision discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle, donc contraire au principe d'égalité et donc non démocratique⁴⁰⁶.

Ainsi, sur la base des expériences croate, française et brésilienne susmentionnées, il n'y aurait pas d'identification directe entre les idées de référendum et de démocratie. Mais la critique de Dominique Rousseau ne porte évidemment pas uniquement sur l'institution du référendum. Il affirme, en effet, en parlant de gouvernement représentatif, que toutes les institutions, instruments ou mécanismes présentés comme des véhicules pour la participation directe du citoyen à la prise de décision politique « sont aussi des institutions, des instruments, des mécanismes qui renforcent et améliorent la délégation de pouvoirs ». Ce n'est pour aucune autre raison que Rousseau soutient que, dans un régime représentatif, la démocratie est toujours en état de manque.⁴⁰⁷

Dominique Rousseau appelle le nouveau modèle institutionnel qu'il propose, en précisant, dès le début de son travail, que « la démocratie continue n'est pas un développement de la démocratie représentative. Elle opère une rupture qui se manifeste dans ses trois principes de légitimité ».⁴⁰⁸ Il s'agit du principe politique, du principe juridique et du principe sociologique. Cependant, ce qui est plus pertinent, à ce moment-là, que de détailler les concepts présentés par Rousseau, c'est de se rendre compte que sa proposition cherche à dépasser complètement la logique qui régit les relations institutionnelles de la Ve République française.

L'originalité de l'auteur susmentionné n'est cependant pas précisément dans l'objet de sa critique, ni même dans l'idée de l'épuisement des institutions politiques françaises aujourd'hui – un point fréquemment évoqué dans le débat public français – mais plutôt dans le rôle que jouerait le pouvoir judiciaire⁴⁰⁹. Bien que la proposition présentée soit complexe et ne

⁴⁰⁶ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2019, p. 106.

⁴⁰⁷ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2019, p. 27-28.

⁴⁰⁸ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2019, p. 23.

⁴⁰⁹ L'originalité du « pari » dont il est question ici concerne évidemment le contexte français. Il ne fait aucun doute que la judiciarisation de la politique est un phénomène mondial et que plusieurs auteurs à travers le monde – y compris, bien sûr, au Brésil – ont déjà défendu des modèles institutionnels avec une participation plus intense du pouvoir judiciaire dans les processus de prise de décision pertinents pour la société. Cependant, la méfiance historique des Français à l'égard des juges est bien connue, étant évoquée par Dominique

se limite donc pas à la simple augmentation de la participation de ce pouvoir à la vie politique du pays, la place centrale accordée au pouvoir judiciaire dans la conception institutionnelle proposée par l'auteur est indéniable, bien résumée lorsqu'il affirme que « si le Parlement a été et est toujours l'institution de la démocratie représentative, la justice est et sera celle de la démocratie continue ». Rousseau poursuit également, expliquant :

Les juges, et en particulier les juges constitutionnels, ont aussi contribué à mettre sur la scène politique le peuple-tout-un-chacun en lui reconnaissant sans cesse de nouveaux droits lui permettant de réclamer contre les lois du peuple-corps-politique. Ils ont encore édifié le code de l'activité communicationnelle de l'espace public où s'alimente la délibération normative. Représentation-écart, peuple-tout-un-chacun, espace public, les juges participent de tous les principes constitutifs de la démocratie continue.⁴¹⁰.

Cependant, sur la base des hypothèses déjà énoncées dans les chapitres précédents, il est nécessaire de réfléchir à cette option pour le pouvoir judiciaire en tant que pouvoir capable de centraliser le processus d'incorporation de nouveaux droits et d'amélioration constante du régime démocratique.

Comme ce processus renvoie à la reconnaissance de nouveaux droits face aux principes énoncés dans la Constitution d'un pays donné – qu'il s'agisse de la France, du Brésil ou de tout autre – il nous semble inutile, dans un premier temps, de s'interroger sur la légitimité démocratique des membres de ce Pouvoir parce qu'ils n'ont pas été élus, puisqu'il ne s'agit pas de défendre la création de droits, mais plutôt sa reconnaissance par une herméneutique constitutionnelle fondée sur un texte constitutionnel déjà établi. Cependant, ce point mérite encore l'attention, car il est évident que, lorsque nous parlons du processus continu de reconnaissance de *nouveaux* droits, les frontières entre le travail de l'interprète et celui du législateur deviennent moins claires.

En outre, chaque fois qu'une certaine institution se voit confier le pouvoir de décider d'une question pertinente au sein de la société, il est nécessaire de se rappeler que cette décision peut être *bonne* ou *mauvaise* – une évaluation qui dépendra certainement aussi de qui la prendra. Il n'est cependant pas possible de croire que le pouvoir judiciaire œuvrera toujours à l'inclusion de nouveaux droits dans la liste des garanties fondamentales ou au renforcement

Rousseau lui-même, ce qui rend inhabituelle une proposition telle que celle défendue par l'auteur dans ce pays.

⁴¹⁰ ROUSSEAU, *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2019, p. 125.

constant de ceux-ci. Il suffit de se rappeler la décision de la Cour suprême des États-Unis de 2022 sur la question de l'avortement, qui a annulé le précédent de 1973 de *Roe v. Wade*, qui avait autorisé l'avortement dans tout le pays..

Il faut enfin citer l'exemple de la décision du Conseil constitutionnel français, rendue en 2023, qui a jugé valables les points essentiels de la réforme intensément débattue du système de sécurité sociale, qui a relevé l'âge de la retraite en France de 62 à 64 ans, associé à 43 années de cotisations. Dominique Rousseau lui-même a déclaré, quelques jours avant la décision, que le Conseil avait des motifs cohérents d'annuler la réforme⁴¹¹, non seulement en raison de la question fondamentale qui était en débat, mais aussi en raison de la manière dont le projet avait été approuvé⁴¹². Il est donc difficile de ne pas considérer que le Conseil Constitutionnel, en l'espèce, a permis l'affaiblissement de droits importants du peuple français. Dans un article publié après la décision, Rousseau a déclaré qu'elle était mal fondée, en plus, compte tenu du contexte juridique, insuffisamment motivée et que, par conséquent, il ne pouvait pas mettre fin à la discussion. En fait, il commence le texte susmentionné en déclarant que :

Inutile d'aller chercher dans le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel, dans leur passé politique, dans la mise au jour des intérêts particuliers et connivences des uns et des autres pour qui veut discuter la décision du vendredi 14 avril. Il suffit, simplement, de la lire pour qu'en sorte la critique.⁴¹³

Au vu des caractéristiques soulignées, il est légitime de se demander : si Rousseau adoptait la même définition de l'activisme judiciaire que dans le présent ouvrage, ne définirait-il pas cette décision comme un exemple d'activisme ? Il est à noter qu'il n'aborde pas volontairement quels seraient les éventuels critères extérieurs au droit qui auraient pu conduire les membres du Conseil d'État à prendre la décision – même s'il n'a pas complètement éludé le sujet, certainement au vu de la grande répercussion sociale de ces

⁴¹¹ Disponible à l'<<https://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/reforme-des-retraites-annulera-annulera-pas-le-destin-du-conseil/>>, consulté le 15/02/2025. Dans le même ordre d'idées, la critique publiée par Rousseau après la décision, disponible sur <https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/04/16/reforme-des-retraites-la-decision-du-conseil-constitutionnel-s-impose-mais-parce-qu-elle-est-mal-fondee-et-mal-motivee-en-droit-elle-ne-peut-pas-clore-le-contentieux-des-retraites_6169709_3232.html>, consulté le 03/12/2025.

⁴¹² Le président de la France a utilisé une disposition de la Constitution française pour approuver la réforme sans vote préalable à l'Assemblée nationale.

⁴¹³ Disponible à l'<https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/04/16/reforme-des-retraites-la-decision-du-conseil-constitutionnel-s-impose-mais-parce-qu-elle-est-mal-fondee-et-mal-motivee-en-droit-elle-ne-peut-pas-clore-le-contentieux-des-retraites_6169709_3232.html>, consulté le 12/03/2025.

questions – mais il dit clairement que les arguments juridiques de la décision sont insuffisants pour l'étayer.

En d'autres termes, même si, à plusieurs égards, la vision du pouvoir judiciaire de Dominique Rousseau diffère de celle présentée, par exemple, par la Critique herméneutique du droit, il n'y a pas de véritable scission concernant les problèmes de ce qui est défini ici comme l'activisme judiciaire.

5.3 Analyse critique des cas possibles d'activisme judiciaire dans le système judiciaire brésilien

Il y a plusieurs difficultés lorsqu'on cherche à démontrer l'ampleur du phénomène de l'activisme judiciaire dans le cadre du pouvoir judiciaire brésilien. Il est presque impossible de faire une étude statistique – même si quelques coupures jurimétriques sont proposées dans cet ouvrage – car, en règle générale, il ne suffit pas de vérifier le résultat du jugement, il faut vérifier en détail les motifs de la décision. En outre, le nombre d'affaires et de décisions rendues est beaucoup plus élevé que dans la plupart des pays. Le STF, par exemple, a rendu, rien qu'au cours du premier semestre 2024, 52 066 décisions⁴¹⁴ – rappelons qu'il s'agit d'un tribunal qui ne compte que onze magistrats. Le STJ présente également des chiffres impressionnants. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, à la fin de l'année 2024, juste une des chambres du tribunal, qui compte trois membres, a rendu environ trois mille jugements dans la période de deux mois. Par conséquent, afin de clarifier les déclarations faites jusqu'à présent, quelques exemples sont présentés, tirés de diverses instances de notre pouvoir judiciaire, cherchant à aller au-delà de la légalité apparente des motifs présentés dans chaque décision. En ce sens, on ne critiquera pas seulement les décisions du STF, comme c'est souvent le cas dans les textes sur l'activisme judiciaire.

Même si, en ces termes, le pourcentage de décisions analysées par rapport à celles rendues par chaque instance du pouvoir judiciaire est inférieur à celui d'un travail qui analyse les jugements d'un seul tribunal, nous comprenons que ce choix contribue à démontrer les arguments exposés jusqu'à présent. Il convient de répéter qu'il ne s'agit pas d'une simple recherche statistique, et qu'il est donc nécessaire d'avoir une critique détaillée de chaque décision prise dans le travail. Ainsi, même si l'on devait limiter l'appréciation à un seul

⁴¹⁴ Disponible à < <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-aumenta-numero-de-decisoes-colegiadas-em-2024/>>, consulté le 20/04/2025.

tribunal, il irait bien au-delà des limites de la thèse actuelle d'examiner l'ensemble des décisions rendues dans un laps de temps donné. En d'autres termes, même si l'analyse effectuée dans le cadre de ce travail se limitait à un seul tribunal, sa représentativité, par rapport au nombre total de décisions rendues par celle-ci, serait assez limitée. En outre, le fait que les critiques formulées à l'encontre des positions activistes soient généralement dirigées contre la Cour suprême contribue à diffuser, dans l'imaginaire juridique national, l'idée que ce phénomène – l'activisme – serait concentré au sein du STF ou qu'il serait seul responsable des éventuels effets négatifs de cette pratique⁴¹⁵. Cependant, ce point de vue est, pour le moins, assez discutable.

Il est clair que l'impact individuel de chaque décision est beaucoup plus important à la Cour suprême, compte tenu de la portée des jugements de cette cour. Cependant, nous devons nous rappeler que de plus en plus de questions sont largement judiciairisées au Brésil et que la grande majorité des décisions rendues par le pouvoir judiciaire proviennent des premier et deuxième niveaux de juridiction – avec un nombre relativement faible d'affaires qui sont tranchées dans la juridiction extraordinaire. Par conséquent, il est tout à fait plausible que, malgré la plus grande visibilité du STF, l'activisme pratiqué dans la juridiction ordinaire atteigne un nombre beaucoup plus important de personnes. Il est également important de rappeler que la ligne défendue dans le présent ouvrage est précisément que l'autoritarisme se répand dans toute la société brésilienne, se réinventant constamment, mais maintenant les structures inégales de notre société raisonnablement stables. Il ne serait donc pas logique de concentrer l'analyse relative à l'activisme judiciaire uniquement sur les décisions du STF.

En ce qui concerne les décisions rendues en première instance, un exemple intéressant à analyser se trouve dans les procès n° 5001573-56.2017.4.04.7109, rendu par la Justice fédérale de la ville de Bagé, dans l'État de Rio Grande do Sul – répétée dans plusieurs procédures relevant de la compétence du même magistrat –, dans les termes suivants :

1. Réception du procès.
Je reçois ces motions, car elles sont opportunes et garanties.
2. Effets de l'ordonnance qui reçoit les embargos en exécution fiscale

⁴¹⁵ Un exemple récent est l'article de Conrado Hübner, publié dans le journal Folha de São Paulo, avec le titre *Dans la pratique, les ministres du STF s'attaquent à la démocratie*, où l'auteur attribue au STF la responsabilité de divers maux de notre système juridique. L'article est disponible à l'adresse <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>, consulté le 13/05/2023. Il convient de rappeler que cet article a même motivé la réponse de Lenio Streck, publiée dans Consultor Jurídico, sous le nom de *Le danger de la critique simpliste selon laquelle « tout est de la faute du STF »*. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/lenio-streck-perigo-critica-tudo-culpa-stf/>, consulté le 13/05/2023.

L'article 919, paragraphe 1, du nouveau Code de procédure civile (dont le libellé est similaire à l'ancien paragraphe 1 de l'article 739-A, applicable aux exécutions fiscales, tel que décidé par le STJ dans le cadre de l'appel spécial n° 1 272 827, soumis au système des recours répétitifs), énumère les conditions suivantes pour l'octroi d'un effet suspensif dans les embargos en exécution : l'existence des conditions requises pour l'octroi d'une mesure provisoire (pertinence des motifs et risque potentiel de dommages de réparation difficile ou incertaine) et la garantie de paiement.

Cela dit, j'analyserai maintenant la possibilité d'accorder un effet suspensif à l'exécution fiscale à la suite du dépôt des présentes embargos.

D'entrée, je tiens à souligner que l'exigence de pertinence des arguments ne peut être appréciée immédiatement, sans permettre la formation du processus contradictoire et la production de la preuve qui peut être nécessaire à la résolution du litige. En même temps, je comprends que cette impossibilité d'analyse préalable, obstacle au-delà de la volonté des parties, ne peut pas entraîner un préjudice pour le juge avec la suppression rapide de l'octroi de l'effet suspensif à l'exécution. Dans ce cas, il existe un risque de dommages irréparables ou difficilement réparables, en cas d'expropriation des biens saisis et d'une possibilité incertaine de rétractation de cet acte.

En ce qui concerne la garantie de paiement, je conclus que la saisie effectuée garantit pleinement la créance exécutée et que la condition susmentionnée pour l'octroi de la suspension est remplie. Je signale seulement que la suspension aura pour seul effet d'empêcher l'acte final d'expropriation de la propriété.

Par conséquent, sur la base de la pondération des valeurs en litige, selon les critères de raisonnable et de proportionnalité, je décide de suspendre l'action principale jusqu'au jugement final des présentes requêtes.

Je note qu'une telle mesure n'entraînera pas de préjudice pour le créancier, puisque le bien déjà grevé est entouré des garanties légales pertinentes à l'obligation du processus (enregistrement auprès d'un organisme compétent et dépôt judiciaire), et que la suspension maintenant accordée se limite à prévenir l'expropriation elle-même.

[...]

Comme on peut le voir dans l'extrait retranscrit ci-dessus, le magistrat précise que « l'exigence de pertinence des arguments ne peut être appréciée à partir d'un plan, sans permettre la formation du processus contradictoire et la production de la preuve qui peut être nécessaire à la résolution du litige », affirmant par la suite que cela ne peut faire obstacle à l'octroi de l'effet suspensif. Toutefois, l'article 919, paragraphe 1er, du Code de procédure civile prévoit que le juge peut accorder un effet suspensif à la demande lorsque les conditions d'octroi des mesures provisoires sont vérifiées et à condition que l'exécution soit déjà garantie par la saisie⁴¹⁶. Par conséquent, le législateur a prévu la nécessité de la présence de certaines conditions – parmi elles, celles nécessaires à l'octroi de mesures provisoires – afin de pouvoir attribuer un effet suspensif aux embargos en exécution.

⁴¹⁶ Article 919. Les embargos à l'exécution n'auront pas d'effet suspensif.

§ 1 Le juge peut, à la demande de l'appelant, accorder un effet suspensif à les embargos en mesures provisoires lorsque les conditions requises pour l'octroi d'une mesure provisoire sont vérifiées et que l'exécution est déjà garantie par une saisie, une caution ou une garantie suffisante.

Il convient de rappeler que, dans le système du Code de procédure civile de 2015, les mesures provisoires peuvent être de l'urgence ou de la évidence. La protection de la évidence peut être accordée, indépendamment de la démonstration d'un danger d'atteinte ou d'un risque pour le résultat utile du processus, lorsque l'une ou l'autre des hypothèses prévues à l'article 311 de la loi précité est caractérisée⁴¹⁷. Les motifs de la décision transcrits ci-dessus montrent que tel n'est pas la situation de l'affaire en question. Il s'agissait donc d'analyser la présence éventuelle – outre la garantie du juge – des conditions nécessaires à l'octroi d'une mesure d'urgence. Le magistrat lui-même le reconnaît, en affirmant que les conditions préalables à l'octroi d'un effet suspensif dans les embargos en exécution sont « l'existence des conditions requises pour l'octroi d'une mesure provisoire (pertinence des motifs et risque potentiel de dommages de réparation difficile ou incertaine) et la garantie de paiement ».

Ainsi, l'article 300 du code de procédure dispose que « les mesures d'urgence sont accordées lorsqu'il existe des éléments qui démontrent la probabilité du droit et le risque de dommage ou de risque pour le résultat utile du procès ». Il a donc été suffisamment démontré que l'attribution d'un effet suspensif à les embargos à l'exécution fiscale, dans le cas d'espèce, nécessiterait la *démonstration* de la probabilité du droit. Toutefois, au lieu d'apprécier les éléments versés au dossier par le débiteur, afin de déterminer si la probabilité du droit a été démontrée ou non, le juge ne fait qu'opérer une supposée pondération abstraite, en affirmant que « la pertinence des arguments ne peut être appréciée immédiatement ».

Il convient de noter que l'exigence relative à la pertinence des motifs a été considérée comme remplie sans qu'*aucune* analyse des éléments attachés au dossier ne soit effectuée. Or, si le législateur a choisi de prévoir la nécessité de démontrer la probabilité du droit à l'attribution d'un effet suspensif à les embargos en exécution fiscale, on ne peut accepter que celle-ci soit écartée au nom d'une prétendue pondération de valeurs faite dans l'abstrait, en ignorant complètement les preuves présentes dans les dossiers..

⁴¹⁷ Article 311. La protection de la évidence sera accordée, indépendamment de la démonstration d'un danger de dommage ou d'un risque pour le résultat utile du processus, lorsque :

- I - l'abus des droits de la défense ou la finalité manifeste du retard de la partie est caractérisé ;
- II - les allégations de fait ne peuvent être prouvées que par des preuves documentaires et il existe une thèse établie dans le jugement des affaires répétitives ou dans un précédent contraignant ;
- III - s'il s'agit d'une demande de récursecution fondée sur des justificatifs suffisants de la convention de dépôt, auquel cas l'ordre de remise de l'objet en garde sera délivré, sous peine d'amende ;
- IV - la requête initiale est instruite de preuves documentaires suffisantes des faits constitutifs du droit du demandeur, auxquels le défendeur n'oppose pas d'éléments de preuve susceptibles de susciter un doute raisonnable.

Paragraphe unique. Dans le cas des points II et III, le juge peut statuer *in limine*.

Une telle décision ne peut pas être justifiée par des arguments post-positivistes. Même Friedrich Müller affirme que le texte normatif guide l'ensemble du processus de concrétisation. Il affirme que « le programme de la norme formulé dans le contenu littéral guide vers la délimitation et la limitation ». Müller souligne que le texte normatif guide « non seulement le processus de sélection des points de vue matériels à partir du champ générique de la réglementation de la prescription (portée matérielle) et de la portée de l'affaire (ensemble des faits de l'affaire juridique), mais l'ensemble du processus de concrétisation ».⁴¹⁸

Dans le même ordre d'idées, Ronald Dworkin soutient qu'il est nécessaire de respecter les règles, et qu'il n'est pas possible d'utiliser un principe pour justifier le dépassement de la littéralité du texte normatif :

Mais il n'y a pas n'importe quel principe qui puisse être invoqué pour justifier le changement, sinon aucune règle ne serait à l'abri. Il doit y avoir des principes qui ont de l'importance et d'autres qui n'en ont pas, et il doit y avoir des principes qui sont plus importants que d'autres. Ce critère ne peut pas dépendre des préférences personnelles du juge, choisies parmi un océan de normes extrajudiciaires respectables, dont chacune peut, en principe, être éligible. Si tel était le cas, nous ne pourrions affirmer l'obligation d'une règle quelconque. Car, dans ce cas, on pourrait toujours imaginer un juge dont les préférences, choisies parmi les normes extrajuridiques, étaient de nature à justifier un changement radical ou une réinterprétation de la règle, même la plus enracinée⁴¹⁹.

En ce qui concerne la « pondération » qui aurait été effectuée par le magistrat, il est nécessaire de faire quelques considérations. Premièrement, il n'a même pas été suffisamment précisé quels seraient les principes en conflit dans le cas spécifique, puisqu'il n'y a pas de « principe de l'impossibilité d'analyser les preuves lors de l'introduction de l'action en justice ». Il est important de noter que la construction logique de la décision repose sur cette impossibilité, qui, en fait, n'existe pas. En ce qui concerne le principe du contradictoire, invoqué dans la *décision*, aucune analyse n'a été faite sur la manière dont il est affecté par la solution proposée – l'octroi d'un effet suspensif sans l'audition de la partie adverse et sans l'analyse des éléments de preuve présents dans les dossiers. Il est donc évident que les paramètres prévus par la soi-disant « maxime de proportionnalité » n'ont pas été respectés, puisque l'analyse de l'une de ses trois sous-maximes, à savoir l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict, n'a pas été effectuée⁴²⁰.

⁴¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2e éd., São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 94.

⁴¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 60.

⁴²⁰ Sur le sujet, voir l'argument développé dans DALLA BARBA, Rafael Giorgio. A (in)transparência dos direitos fundamentais: das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy. 2017. Thèse (master en

De plus, on pourrait difficilement dire qu'une pondération a été opérée dans le cas concret, du moins dans le sens donné au terme par Robert Alexy. La loi de la pondération, selon Alexy, prévoit que *plus le degré de non-respect ou d'interférence avec un principe est grand, plus l'importance du respect de l'autre principe est grande*. Cependant, le raisonnement ne s'arrête pas là. Au contraire, la pondération est divisée en étapes ou niveaux et, pour sa réalisation, il est nécessaire non seulement d'individualiser les principes en collision, mais aussi d'identifier les poids abstraits des principes en collision, l'intensité de l'interférence de la mesure dans chacun de ces principes et une série d'autres aspects. En fait, Alexy présente des formules pour démontrer comment ce processus devrait être mené de manière rationnelle⁴²¹, et il n'y a aucun fondement dans la décision en question qui s'en rapproche.

Il convient de noter qu'avec cette « pondération », le magistrat maintient en fait le système qui était en vigueur dans notre système juridique jusqu'à la promulgation de la loi n° 11.382 de 2006.⁴²² Si l'on garde les proportions qui lui sont dues, le parallèle est ici clair avec la position des juges français dans la période précédant la révolution de 1789, lorsqu'ils usèrent, après la mort de Louis XIV, de leurs prérogatives pour s'opposer à toutes les réformes initiées par le roi. Un processus qui a conduit Dominique Rousseau à conclure que « 1789 doit se lire moins comme une révolution contre la monarchie du roi absolu que comme une révolution contre la monarchie des magistrats ».⁴²³ Dans ce cas, nous voyons l'exemple d'un

droit) – Université du Vale do Rio dos Sinos. Programme d'études supérieures en droit, São Leopoldo, RS, 2017.

⁴²¹ Alexis déclare que « la loi de la pondération montre que la pondération peut être divisée en trois étapes ou niveaux. Le premier niveau est le degré de non-respect ou d'interférence avec un principe. Elle est suivie, au niveau suivant, par l'identification de l'importance de se conformer au principe opposé. Enfin, au troisième niveau, il s'agit de déterminer si l'importance du respect du principe opposé justifie le non-respect de l'autre principe ou l'ingérence dans celui-ci. [...] Dans le cas de la subsumption en vertu d'une règle, le système sous-jacent de conclusions peut être exprimé à travers un schéma déductif, le schéma de la « justification interne », qui est formulé à l'aide des énoncés et des prédicats de la logique et de la logique déontique, et qui peut être inséré dans une théorie du discours juridique. Il est d'une importance capitale, tant pour la théorie du discours juridique que pour la théorie des droits fondamentaux, qu'il y ait, pour la pondération, une contrepartie de ce système déductif. Cette contrepartie est la formule du poids. ALEXY, Robert, *Teoria discursiva do direito*. 2e éd. Rio de Janeiro : Forense, 2015, p. 164.

⁴²² Le Code de procédure civile de 1973, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 11.382/2006, disposait : *Article 739. [...] Paragraphe 1 Les embargos sont toujours reçus avec effet suspensif. § 2 Lorsque la requête en redressement est partielle, l'exécution se poursuit à l'égard de la partie qui n'est pas sous embargo.*

⁴²³ Selon Dominique Rousseau « Ces critiques trouvent un écho encore plus favorable en France où l'expression « République des juges » peut résonner comme une réplique de la « monarchie des Parlements », ce système politique de l'Ancien Régime où, suite à la non-convocation des états généraux à partir de 1614, le pouvoir judiciaire avait acquis, par son droit d'enregistrement des ordonnances royales, un droit de remontrance utilisé, après la mort de Louis XIV, pour s'opposer à toutes les réformes initiées par le roi. C'est pourquoi 1789 doit se lire moins comme une révolution contre la monarchie du roi absolu qu'une révolution contre la monarchie des magistrats auxquels la loi de 1790 coupe la tête – avant celle du roi – en leur interdisant

juge qui utilise le « pondération » pour s'opposer à une réforme de la loi avec laquelle il n'est pas d'accord. Ironiquement, il le fait en se fondant sur un principe – non mentionné, mais clairement utilisé – qui a également été extirpé du Code de procédure civile, mais qui continue de peupler l'imagination de nos juristes, en particulier de nos juges : la libre conviction motivée.

Nos tribunaux sont également somptueux lorsqu'il s'agit de rendre des décisions activistes. En ce sens, on peut citer le jugement de la Cour de justice de Minas Gerais sur le procès n° 1.0024.02.810824-9/003, en particulier le vote rendu par le juge Mauro Soares de Freitas. Voici quelques extraits du vote susmentionné :

Mais je veux laisser ici, en public, un avertissement à tout le monde, car il est perçu, à travers la discussion de ce processus, que les hommes pensent qu'ils ont le pouvoir d'engendrer des enfants, et quand je dis hommes, je parle de l'espèce humaine. Ce n'est pas le cas. Engendrer des enfants est un projet divin, pas des hommes, à tel point que toutes les méthodes contraceptives sont imparfaites, car c'est la volonté de Dieu qui prévaudra toujours. [...] Mais j'en suis venu à souligner que le projet est de Dieu et non des enfants de Dieu. Avec cela, je me sens beaucoup plus détendu quand je juge, parce que je sais aussi, en tant que juge, qu'il est très facile de rendre la loi stricte, de rendre la loi arbitraire, de rendre la loi injuste, c'est la chose la plus facile pour un juge. Mais le juge chrétien, et ici nous sommes tous chrétiens, doit faire le contraire, il doit s'assurer que l'application de la loi se fait avec amour et miséricorde et, dans le cas ici, nous pouvons voir que la naissance de ce fils a été le fruit de l'amour et de la miséricorde du Père céleste [...]. (TJMG, EI 1.0024.02.810824-9/003, 16e C.Civ., Rel. Des. Nicolau Maselli, J. 26.03.2008, publ. DJ 11.04.2008)⁴²⁴

L'affaire portait sur la demande d'indemnisation d'une femme qui était tombée enceinte même avec l'utilisation d'un contraceptif injectable. Quelle que soit l'issue du procès – chacune des voix a adopté une ligne différente pour soutenir sa position – il ne fait aucun doute que, dans un État laïc, un magistrat ne peut fonder sa conviction sur la « volonté de Dieu ». On met aussi en évidence le manque total de respect pour la diversité, essentielle dans toute démocratie, lorsqu'il affirme qu'« ici nous sommes tous chrétiens », cherchant à justifier sa position. Il n'y a aucun moyen d'attribuer un caractère juridique – au-delà de l'aspect purement formel, celui d'avoir été rendu par un tribunal – à un tel raisonnement.

Il convient de rappeler que, comme l'explique Tassinari, l'activisme ne se caractérise pas nécessairement par un élargissement du champ d'action du pouvoir judiciaire au sein de la

désormais de s'immiscer dans les affaires législatives et exécutives." Dans ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la démocratie* : Propositions pour une refondation. Paris, Éditions du Seuil, 2015. Livre électronique, p. 118.

⁴²⁴ BRÉSIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 1.0024.02.810824-9/003. Rapporteur : Nicolau Maselli. DJ 11.04.2008. Disponible à l'adresse http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CDAB4D7062AC6777B2EC73022DE14BDE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.02.810824-9%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Consulté le 29/07/2023.

société (ce qui est la définition de la judiciarisation de la politique), mais plutôt comme un acte de volonté des juges, qui décident sur la base de critères non juridiques, même si leurs décisions ont une apparence de légalité. Ainsi, il est tout à fait possible qu'il y ait des jugements au sens d'une non-intervention du pouvoir judiciaire qui montrent un profil activiste, puisque les raisons de décider ne sont pas juridiques. C'est ce que dit Tassinari lorsqu'il parle de l'affaire *Locher v. New York*. Selon les mots de l'auteur : « De cette façon, il est clair que même un comportement conservateur du pouvoir judiciaire, de non-intervention, peut révéler un profil activiste. »⁴²⁵ C'est exactement le cas de la décision commentée ici. Bien qu'il ait rejeté l'action, c'est-à-dire qu'il n'est pas intervenu dans le cas spécifique, le magistrat a clairement fait preuve d'activisme, car la décision a été prise sur la base de critères exclusivement moraux et religieux.

Malheureusement, ce type de jugement est soutenu, dans notre environnement juridique, par le principe de la libre conviction motivée⁴²⁶, qui fait que toute décision est admise comme légitime, dès lors qu'elle est « motivée », c'est-à-dire qu'elle a une apparence juridique.

Il convient également d'analyser une décision rendue par la Cour de justice de l'État du Pará, en janvier 2025. Il s'agit d'une décision monocratique prise dans le cadre de l'action déclaratoire d'illégalité de grève n° 0801300-26.2025.8.14.0000, qui a été déposée par l'État du Pará contre le Syndicat des travailleurs de l'éducation publique du Pará. L'État a allégué que le déclenchement de la grève générale annoncé par le syndicat constituait un mouvement abusif et illégal. La décision prise par le tribunal a été d'affirmer l'illégalité de la grève et de déterminer le retour au travail des enseignants.

Il est indiqué dans la décision elle-même que le syndicat susmentionné a communiqué le déclenchement d'une grève générale pour une durée indéterminée, avec l'arrêt des activités scolaires à partir du 23 janvier 2025, ainsi que « la décision de suspendre collectivement les activités fonctionnelles, selon la communication susmentionnée, a été prise après une discussion approfondie avec la catégorie, qui a considéré le résultat des négociations avec le gouvernement de l'État insatisfaisant ».

Ensuite, le magistrat qui a rendu la décision a cité la disposition constitutionnelle selon laquelle le droit de grève dans la fonction publique, qui figure à l'article 37, VII, de la

⁴²⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário..* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 89.

⁴²⁶ Il est important de rappeler que le principe de la libre condamnation motivée a été affaibli avec le nouveau Code de procédure civile. Sur le sujet, voir <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc> . Consulté le 01/10/2023.

Constitution fédérale de 1988, doit être exercé dans les termes définis dans une loi spécifique. Il a également indiqué que, cette loi n'ayant pas encore été élaborée par le Congrès national, le STF a décidé qu'en l'absence de législation spécifique, les lois fédérales n° 7.701/1988 et n° 7.783/1989, qui réglementent les questions relatives au droit de grève dans le secteur privé, sont applicables au secteur public. La liste des activités jugées essentielles, qui figure à l'article 10 de la loi n° 783/1989, a ensuite été citée.

Il est important de se rappeler que toutes les grèves liées aux salariés qui travaillent dans ces activités, précisément parce qu'ils sont considérés comme tels, subissent une série de restrictions, visant à préserver l'intérêt public.

Le problème c'est que l'activité éducative ne figure pas sur cette liste. Ce n'est pas le fruit du hasard. Cette absence existe et se maintient grâce à la mobilisation de diverses catégories d'enseignants pour que les mouvements de grève qu'ils organisent ne soient pas rendus irréalisables. Il existe même des projets législatifs qui cherchent à changer cet état de fait, tels que la proposition d'amendement à la Constitution n° 53/2016 et le projet de loi n° 5.594/2020, qui se heurtent à une résistance constante de la part de plusieurs syndicats liés aux éducateurs⁴²⁷.

Cependant, le magistrat a considéré, malgré tout, l'éducation comme une activité essentielle aux fins de limiter le droit de grève, sans qu'aucun argument n'ait été développé au-delà de la phrase suivante : « Il est indéniable que l'activité éducative constitue un service public essentiel, une prémisse de fait qui guidera tout l'examen de légalité proposé à l'affaire ». En ce qui concerne plus particulièrement l'absence de disposition légale à cet égard, il a été

⁴²⁷ On peut citer, en ce sens, un article publié sur le site de l'ANDES – Syndicat national des enseignants des établissements d'enseignement supérieur, publié en 2022, intitulé « Après pression, le vote sur le PL 5594 qui rend l'éducation 'essentielle' et restreint le droit de grève est reporté », où il est indiqué que « Le projet de loi (PL) 5594/2020 qui fait de l'éducation un 'service essentiel' », même en période de pandémie, son analyse a été reportée à la Commission de l'éducation de la Chambre des députés. L'examen qui devait avoir lieu mardi dernier (12) a été reporté au mois d'août, mois où les députés fédéraux reviennent des vacances parlementaires. Le résultat a été considéré comme une victoire du Jour des luttes organisé par les fonctionnaires fédéraux ces dernières semaines, à Brasília (DF), pour défendre plus de ressources pour l'éducation, pour le rétablissement des salaires et de meilleures conditions de travail et contre le démantèlement des services publics. L'ANDES-SN a appelé, par le biais d'une circulaire, à la participation des enseignants pour renforcer la lutte et la pression sur les parlementaires pour qu'ils arrêtent le vote sur le PL 5594/2020. Le projet de loi est considéré comme une menace pour le droit de grève de la catégorie enseignante et des autres travailleurs de l'éducation en considérant l'éducation comme un « service essentiel » et, par conséquent, ne peut pas voir ses activités en présentiel interrompues, puisque la législation apporte des différences entre la grève des services essentiels et non essentiels. Avec cette nouvelle compréhension, les grèves dans le secteur pourraient être limitées. Le PL 5594 est signé par les députées Adriana Ventura (Novo-SP), Paula Belmonte (Cidadania-DF) et Aline Sleutjes (PSL-PR) ». Disponible en <<https://andes.org.br/conteudos/noticia/apos-pressao-votacao-de-pl-5594-que-torna-educacao-essencial-e-restringe-direito-de-greve-e-adiada1>>, consulté le 04/10/2025.

précisé dans l'arrêt que le STF, « en ce qui concerne la définition des services essentiels, a établi que la liste prévue à l'article 10 de la loi n° 783/1989 n'est qu'illustrative », et une partie d'une décision de la Cour suprême a été transcrit, dans les termes suivants :

4.2 Compte tenu de l'omission législative alléguée en nature, il n'y aurait lieu d'accepter la demande que dans la mesure où la loi no 7.783/1989 s'applique tant que l'omission n'est pas correctement encadrée par une loi spécifique pour les fonctionnaires (CF, art. 37, VII). (...) **4.4. Le système de judiciarisation du droit de grève des fonctionnaires est ouvert à d'autres activités pour être soumises au même régime. En raison de la complexité et de la variété des services publics et des activités stratégiques typiques de l'État, il existe d'autres services publics dont l'essentialité n'est pas envisagée par la liste des art. 9 à 11 de la loi n° 7.783/1989. Aux fins de la présente décision, l'énonciation du régime établi par les art. Les articles 9 à 11 de la loi n° 7.783/1989 n'en sont qu'un exemple (numerus apertus).** (...) 6.7. L'ordonnance d'injonction connue et, sur le fond, délivrée, dans les termes spécifiés ci-dessus, détermine l'application des lois n° 7.701/1988 et 7.783/1989 aux conflits et aux procès impliquant l'interprétation du droit de grève des fonctionnaires. (MI 670, Rapporteur : Juge MAURÍCIO CORRÊA, Rapporteur de l'arrêt : Juge GILMAR MENDES, Cour plénière, jugé le 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008) (souligné dans l'original)

Le précédent cité est assez vaste, discutant de plusieurs questions qui ont été soulevées dans le cadre de la Cour suprême. Toutefois, comme il est possible de le voir à la lecture de l'extrait cité dans l'arrêt de la Cour de justice de l'État du Pará, qui fait l'objet du présent commentaire, la conclusion selon laquelle la liste des activités ne peut pas être considérée comme exhaustive a été tirée sur la base de certaines prémisses. Le STF a établi cette compréhension en raison de la « complexité et de la variété des services publics et des activités stratégiques typiques de l'État ». En d'autres termes, c'est précisément en raison des spécificités de certaines activités typiques de l'État qu'une liste de services destinée au secteur privé ne peut pas être considérée comme exhaustive lorsqu'elle est appliquée au service public. Par conséquent, l'utilisation de ce précédent pour la qualification de l'éducation manque de soutien, malgré sa pertinence évidente, en tant qu'activité essentielle précisément pour limiter le droit de grève des professionnels dans ce domaine, d'autant plus que l'éducation est une activité partagée entre les secteurs public et privé, dont l'absence dans la liste d'activités précitée n'est pas, répétons-le, fortuite.

Bien que l'absence de disposition légale n'ait pas empêché la Cour de justice du Pará de considérer l'activité éducative comme essentielle pour limiter le droit de grève, la décision comprenait une analyse intéressante du mouvement de grève :

Ce qui ressort des archives, du moins pour l'instant, c'est l'existence d'une réelle insatisfaction à l'égard d'une loi de l'État approuvée par le pouvoir législatif, c'est-à-

dire par les représentants de la société du Pará, dont font également partie les professionnels de l'éducation, qui est donc légitime et présumée valide.

Ainsi, dans le présent arrêt préliminaire, pour les raisons exposées, **je considère que la grève déclenchée par SINTEPP est abusive et illégale.** (souligné dans l'original)

À ce moment-là, elle a fait preuve d'une grande déférence envers le pouvoir législatif, sans tenir compte du fait que les revendications dans le secteur public nécessitent souvent des modifications législatives et que l'une des façons de chercher à convaincre la société de le faire est précisément par le biais des mouvements de grève. Il n'y a donc pas d'incompatibilité – d'un point de vue démocratique – entre l'existence d'une disposition légale dans un certain sens et la structuration d'un mouvement de grève visant à faire changer cette loi. En outre, il est nécessaire de rappeler la fonction contre-majoritaire du pouvoir judiciaire dans un État de droit démocratique, et il n'appartient pas aux juges de défendre uniquement la volonté de la majorité exprimée directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants, mais aussi de soutenir les droits et les garanties des groupes minoritaires.

Néanmoins, il a été décidé, dans la décision en question, le retour au travail de *tous* les enseignants, dans les termes suivants : « [...] maintenir 100 % des enseignants en activité, sous peine d'une amende d'un montant de 60 000,00 (soixante mille reais), par jour et par acte de non-conformité, compte tenu de la reconnaissance de l'« illégalité apparente et de l'abus du mouvement de grève ».

Il est donc nécessaire de comprendre non seulement la conceptualisation, mais aussi les conséquences juridiques de la définition d'un service en tant qu'activité essentielle par la loi n° 7.783/1989. Cette compréhension doit passer par l'analyse des dispositions de cette loi, notamment son article 11 qui dispose :

Article 11. Dans les services ou activités essentiels, les syndicats, les employeurs et les travailleurs sont tenus, d'un commun accord, de garantir, pendant la grève, la fourniture de services essentiels pour répondre aux besoins urgents de la communauté.

Paragraphe unique. Les besoins urgents de la communauté sont ceux qui, s'ils ne sont pas satisfaits, mettent en danger imminent la survie, la santé ou la sécurité de la population.

Dans ces activités, considérées comme essentielles, la fourniture de services essentiels au maintien de la santé, de la sécurité ou de la survie de la population doit être garantie – même pendant les grèves. En d'autres termes, il n'y a pas d'interdiction d'éclater des mouvements de grève dans ces activités, mais seulement la garantie légale que ces grèves ne

menaceront pas les droits susmentionnés. Il est évident que, selon l'activité et le contexte, le nombre de travailleurs nécessaires pour que cela soit garanti variera considérablement. Cependant, il n'est pas difficile de voir que même lorsqu'il y a un risque clair pour la sécurité ou la santé, il ne sera guère nécessaire de maintenir tous les travailleurs en activité – ce qui équivaut, en pratique, à l'interdiction totale du droit de grève.

Cette volonté de maintenir 100 % des travailleurs en activité attire encore plus l'attention dans le cas spécifique, car il s'agit d'un service qui, bien que fondamental pour une société, n'est pas capable, du moins en principe, de mettre en danger la vie, la santé ou la sécurité de la population. En d'autres termes, non seulement la conceptualisation de l'éducation en tant qu'activité essentielle dans le contexte de la décision n'a pas de fondement solide, mais la définition des conséquences juridiques de cette conceptualisation dans le cas concret est tout à fait problématique.

Ce que l'on peut voir, en effet, c'est que les motifs utilisés dans la décision conduisent à la conclusion que toute grève des enseignants serait illégale. Si cela avait été expressément indiqué dans la décision judiciaire, cela aurait évidemment rendu la *décision* juridiquement insoutenable. C'est pourquoi le juge *dit sans dire*, ou, en d'autres termes, il développe des arguments qui, analysés avec un peu de distance, font apparaître une position qui va bien au-delà du droit, mais sans jamais l'exprimer ouvertement.

Un autre exemple très intéressant provient de l'affaire n° 0800694-55.2022.8.14.0015, également de la Cour d'État du Pará. Le procès a pour origine une action possessoire en réintégration intentée par la société Agropalma S.A. contre l'Association des personnes restantes du Quilombo de la Communauté de Balsa, Turiaçu, Gonçalves et Vila Palmares do Vale do Acará – ARQVA et d'autres. À l'origine du conflit se trouve la revendication de terres par plusieurs communautés quilombolas de la région. Dans ce cas, un accord a été ratifié entre les parties, en 2022, qui prévoyait l'évacuation de la zone par les membres des communautés, tandis que leur liberté de mouvement dans la région était garantie, jusqu'à la déclaration de l'Institut foncier du Pará – ITERPA sur la question en débat.

En 2024, il y a eu une nouvelle occupation des terres, cette fois par des membres de la communauté indigène de Turiwara. Cependant, les représentants légaux de l'entreprise ont décidé de demander le désarchivage de l'action en reprise susmentionnée, alléguant le non-respect de l'accord, réitérant la demande de réintégration et déclarant que « le 19 août 2024, vers 16 heures, la ferme Roda de Fogo, appartenant à l'entreprise AGROPALMA S/A, a été à nouveau envahie par environ 30 (trente) membres d'ARQVA ». Peu de temps après la

demande de désarchivage, l'Association indigène Turyuará Itapeua do Alto Acará et l'Association indigène Ita Pew do Alto Acará ont pris connaissance des dossiers, précisant que « l'occupation n'a pas été menée par l'ARQVA, mais par les associations qui présentent maintenant la pétition ».

Cependant, dans une nouvelle pétition, la société Agropalma a réitéré la revendication possessoire, déclarant qu'« il y a des preuves dans ces registres que les membres de l'ARQVA constituent également les associations indigènes ». Elle a également affirmé qu'« il n'est pas prévu d'entrer dans le fond d'une éventuelle discussion anthropologique sur la possibilité que quelqu'un se déclare soit indigène, soit quilombola⁴²⁸, une discussion qui échappe au droit de la procédure civile ».

Il est intéressant de noter, tout d'abord, que la deuxième déclaration de la société a considérablement modifié les termes de la première, même si ce changement est apparemment passé inaperçu. Dans la demande de désarchivage, il a été déclaré que la région avait de nouveau « été envahie par environ 30 (trente) membres de l'ARQVA », ce qui implique que tous les envahisseurs appartenaient au même groupe qui avait fait partie de l'accord précédemment signé. D'après la manifestation qui a suivi, il est indiqué que « les membres de l'ARQVA constituent également les associations autochtones ». Il y a une différence fondamentale entre, d'une part, la prétendue identité complète des personnes impliquées dans la nouvelle occupation avec les signataires de l'accord et, d'autre part, le prétendu fait que certaines des personnes impliquées faisaient partie des différentes associations.

Cependant, l'essentiel se trouve dans l'autre extrait retranscrit ci-dessus, dans le sens où l'entreprise n'avait pas l'intention « d'entrer dans le fond d'une éventuelle discussion anthropologique sur la possibilité que quelqu'un se déclare soit indigène, soit parfois quilombola ». Il est impressionnant que le demandeur ne veuille pas se prononcer sur ce mérite, puisqu'il s'agit en fait de l'un des aspects les plus pertinents à traiter dans ces dossiers. Le Brésil étant un pays multiethnique et multiculturel, il n'est pas surprenant qu'il y ait des gens qui sont, en même temps, des descendants d'indigènes et de quilombolas, ainsi que que l'identification culturelle à certaines de ces traditions puisse changer avec le passage du temps et l'expérience de certains individus. Cependant, il est également possible que cette identification ne soit pas vraiment configurée et que le prétendu droit aux terres n'existe pas,

⁴²⁸ Les quilombolas sont des personnes qui vivent dans des quilombos, c'est-à-dire des communautés formées de descendants d'anciens esclaves, généralement formés pendant la période de l'esclavage par des personnes qui se sont échappées des lieux où elles étaient réduites en esclavage.

mais il est essentiel de noter qu'il n'y a aucun moyen de trancher une question de cette nature sans analyser le fondement anthropologique.

C'est sans doute l'une des raisons qui ont amené le pouvoir constituant originel à choisir un *locus* différencié pour traiter des questions de droits d'indigènes, c'est-à-dire la Justice fédérale. En effet, la Constitution fédérale de 1988 est claire en prévoyant, dans son article 109, qu'il appartient aux juges fédéraux de juger « le différend relatif aux droits d'indigènes ».

Il y a ensuite eu une pétition du Ministère Public fédéral, postulant la reconnaissance de l'incompétence absolue de la Cour de justice de l'État du Pará pour analyser la demande. Cependant, le juge de première instance, initialement, ne s'est pas prononcé sur la question de la compétence ou sur la demande possessoire, se contentant de désigner une « audience de conciliation », cherchant, aux termes de la décision elle-même, « la compréhension et l'identification nécessaires de la motivation de la nouvelle occupation ».

Compte tenu de cette situation, il y a eu un recours déposé par la société Agropalma postulant, devant la Cour de justice de l'État du Pará. Étonnamment, la demande a été acceptée de manière monocratique, et la question de la compétence a été abordée en trois lignes, suivies d'un précédent judiciaire, indiquant seulement que « en ce qui concerne la possibilité de doutes sur la compétence, jusqu'à présent, étant donné qu'il n'existe pas de terres indigènes ni de processus de démarcation en cours, il n'y a aucune preuve d'intérêt de la part de la Justice fédérale. ». Le précédent cité était le suivant :

ADMINISTRATIF. APPEL INTERLOCUTOIRE. REPRISE DE PROPRIÉTÉ. SUPERFICIE OCCUPÉE PAR LES PEUPLES AUTOCHTONES. L'EXISTENCE D'UNE RÉSERVE AUTOCHTONE OU D'UN PROCESSUS DE DÉMARCATIION DANS LA RÉGION. ABSENCE DE LÉGITIMITÉ PASSIVE DE LA FUNAI ET DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL. Dans le cas d'espèce, il n'y a pas d'intérêt indigène à protéger par l'Union fédérale ou la FUNAI, étant donné que la zone envahie ne constitue pas une réserve indigène et ne fait pas l'objet d'un processus de démarcation. (TRF-4 - AG : 50164230520174040000 5016423-05.2017.4.04.0000, Rapporteur : SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Date de l'arrêt : 04/07/2021, QUATRIÈME PANEL)

Cependant, même si le résumé du précédent fait spécifiquement référence à la question du processus de démarcation, la lecture de l'ensemble de son contenu montre clairement que ce n'est pas le fondement de la décision. En ce sens, il convient de mentionner l'extrait suivant :

Comme indiqué dans la décision aggravée, (1) la FUNAI elle-même reconnaît que l'objectif de l'occupation n'est pas de discuter de la tradition indigène de la zone dans la municipalité de Sertão, mais plutôt d'assurer la sécurité d'un groupe d'indigènes dissidents à partir d'un campement sur les rives de l'autoroute BR 285 à Mato Castelhana, où une décision finale sur le processus de démarcation est en attente. et (2) la possession de la zone contestée ne concerne pas un droit inhérent - ou susceptible d'affecter - une communauté indigène entière, notamment parce que l'invasion a eu lieu par certaines familles (10 à ce jour) qui utilisent la zone dépossédée comme adresse temporaire, jusqu'à l'achèvement des démarcations initiées dans la région de Mato Castelhana.

À cet égard, le recours doit être rejeté.

En d'autres termes, le sens donné à l'existence éventuelle d'un processus de démarcation dans la région renvoie, dans le précédent cité, au fait que les occupants n'ont pas invoqué le droit à la terre en se fondant sur l'argument selon lequel elle était traditionnellement utilisée par les populations indigènes. Il ne fait donc aucun doute que l'analyse juridique faite dans le précédent qui sert de fondement est complètement différente de celle qui figure dans les dossier de la décision.

De plus, la disposition constitutionnelle présente à l'article 109, XI, n'apporte aucune limitation, disant seulement qu'il appartient au juge fédéral de décider « le différend sur les droits indigènes ». En fait, la troisième section de du STJ a déjà établi, lors du jugement de l'AgRg dans CC n° 175.037/AM, le 11/07/2022, qu'il n'est pas nécessaire de s'enquérir de la démarcation de la zone des faits pour déterminer la compétence éventuelle du juge fédérale, à condition qu'il y ait, dans le cas spécifique, un impact sur les traditions et les terres occupées par les peuples indigènes. En ce sens, l'extrait suivant de l'avis du rapporteur de l'arrêt est le suivant :

En ce qui concerne le lieu des crimes, nonobstant les motifs présentés par la Cour d'appel, il est négligeable de discuter de la question de savoir si la démarcation effective de la terre en tant que territoire indigène a eu lieu, puisque ce qui importe pour constituer une violation des droits indigènes et, par conséquent, pour relever de la compétence du juge fédérale pour connaître du fait, c'est l'impact négatif des actes de l'accusé sur les traditions, le mode de vie et les terres que les peuples indigènes habitent et utilisent, ce que, dans ce cas, l'enquête a conclu positivement.

Il est donc clair que les règles du système juridique ont été ignorées pour permettre une décision qui ne révèle que la conviction personnelle du juge.. Celui-ci, au lieu de reconnaître l'incompétence de la Cour de l'État du Pará pour statuer sur la demande, a préféré chercher une motivation apparemment juridique permettant de trancher l'affaire selon ses préférences, indépendamment des règles en vigueur en la matière.

Ne pensons pas, cependant, que les décisions fondées sur des critères non juridiques n'ont lieu que dans la juridiction ordinaire. À la fin des années 1980, le Tribunal supérieur du travail a établi une entente, par le biais de la Súmula⁴²⁹ n° 294, en ce sens que la prescription applicable, dans le domaine du droit du travail, aux créances comportant des versements successifs est la prescription totale – c'est-à-dire la prescription de la base juridique elle-même – sauf lorsque le droit à la tranche est également prévu par la loi. Par conséquent, la Súmula n° 294 du TST prévoit ce qui suit :

PRESCRIPTION. MODIFICATION CONTRACTUELLE. TRAVAILLEUR URBAIN

Dans le cas d'une action impliquant une demande des versements successifs résultant d'une modification du contrat, la prescription est totale, sauf lorsque le droit à la tranche est également garanti par la loi.⁴³⁰

En ce sens, la compréhension doctrinale a également été établie. Maurício Godinho Delgado, dans son *Cours de droit du travail*, explique que :

[...] selon le titre légal de la tranche, l' *actio nata* naît à un moment différent. Ainsi, il sera établi au moment du préjudice – et de la naissance consécutive de la créance – si la partie n'est pas spécifiquement garantie par un précepte de la loi (découlant, par exemple, d'un règlement d'entreprise ou d'un contrat). Ici, le délai de prescription total est donné, qui court à compter du préjudice et est consommé dans la période suivante de cinq ans (si le contrat est en cours, bien sûr).

Si, toutefois, le titre légal de la tranche consiste en un précepte de loi, l' *actio nata* s'appliquerait à chaque tranche spécifiquement lésée. De cette façon, la prescription devient partielle, à compter de l'expiration de chaque prescription périodique résultant du droit protégé par la loi⁴³¹.

Dans le même sens, Luciano Martinez enseigne que la prescription totale, dans le domaine du travail, consiste en l'inopposabilité des réclamations liées à des faits juridiques antérieurs à la barrière des cinq dernières années de la relation de travail, qui se réfèrent à des modifications contractuelles, tandis que la prescription partielle se réfère aux versements

⁴²⁹ Le terme "Súmula" désigne un énoncé de jurisprudence consolidée adopté par un tribunal.

⁴³⁰ Disponible à l'adresse http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294. Consulté le 30/07/2023.

⁴³¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Cours de droit du travail*. 9e éd. São Paulo : LTr, 2010, p. 255.

prévus par la loi, en citant l'exemple – en relation avec ce dernier type de prescription – d'un employé qui avait subi la suppression du treizième salaire, déclarant que « [...] il pouvait invoquer le rétablissement de l'avantage à tout moment, ne voyant englobés par prescription partielle que les crédits dont les faits générateurs dataient de plus de cinq ans ».⁴³²

La distinction est donc produite « selon le titre juridique qui donne base et validité au versement souhaité (prévu par la loi ou non) », comme l'a déclaré Delgado. Cependant, malgré l'interprétation établie tant dans le domaine doctrinal que dans le domaine jurisprudentiel par le Tribunal supérieur du travail, ce critère n'a jamais été appliqué uniformément par les tribunaux du travail, y compris le TST lui-même.

Un exemple clair est la publication ultérieure de la Súmula n° 452 par le TST, qui dispose ce qui suit :

DIFFÉRENCES DE SALAIRE. PLAN DE SALAIRE. BRÈCHE. LES CRITÈRES DE PROMOTION NE SONT PAS REMPLIS. PRESCRIPTION PARTIEL. (conversion de l'orientation jurisprudentielle n° 404 de SBDI-1) – Rés. 194/2014, DEJT publié les 21.05, 22 et 23.2014 Dans le cas d'une demande de paiement de différences de salaire résultant du non-respect des critères de promotion établis dans le Plan de salaire créé par l'entreprise, le délai de prescription applicable est partiel, car le préjudice est successif et se renouvelle mois après mois.⁴³³

Ainsi, lorsqu'il s'agit de plan de salaire – il convient de le noter, institué par l'entreprise elle-même – le délai de prescription applicable, selon le Tribunal supérieur du travail, est partiel. De cette façon, le TST a ignoré le critère précédemment établi, basé sur le titre juridique.

Il convient de noter que Delgado, dans l'extrait cité ci-dessus (ayant écrit avant la publication du précédent n° 452) déclare expressément que la prescription totale s'appliquerait à une certaine tranche « si cette tranche n'est pas spécifiquement assurée par un précepte de droit (découlant, par exemple, d'un règlement de l'entreprise ou d'un contrat) ». En d'autres termes, la prescription totale s'applique aux versements prévus par la réglementation de l'entreprise, englobant, bien entendu, celles prévues dans le plan de salaire.

Il ne s'agit pas ici de prétendre que la jurisprudence d'un tribunal ne peut pas être modifiée. Le Tribunal supérieur du travail est habilité à revoir sa compréhension sur toute question, notamment en vue de tout changement dans les structures sociales qui servent de base à la compréhension d'un sujet donné ou même de l'évolution de la discussion doctrinale

⁴³² MARTINEZ, Luciano. *Cours de droit du travail*. 3e éd. São Paulo : Saraiva, 2012, p 633.

⁴³³ Disponible à l'adresse http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294. Consulté le 30/07/2023.

et jurisprudentielle à ce sujet. Toutefois, pour que cela se produise, il serait nécessaire de procéder à ce qu'il est convenu d'appeler *overruling*, c'est-à-dire à une nouvelle analyse de l'interprétation établie dans le précédent n° 294, avec l'annulation qui en a résulté – ce qui, il convient de le noter, n'a pas été fait.

En effet, la Cour s'est bornée, dans les jugements ayant donné lieu à la Súmula n° 452, à dire que les affaires analysées ne correspondaient pas à la disposition contenue dans la Súmula n° 294, sans aborder le cœur de la question, c'est-à-dire la nature du titre juridique qui a donné naissance à la tranche contestée. En d'autres termes, il n'y a pas eu de véritable *distinguishing* et le tribunal s'est limité à rejeter l'application de la Súmula n° 294 sur la base de divers motifs, manifestement insuffisants pour démontrer l'inapplicabilité de la súmula susmentionnée.

Par exemple, l'extrait suivant est tiré du vote conducteur de l'arrêt rendu dans l'affaire n° 161500-51.2003.5.03.0070 :

De plus, il n'y a pas lieu de parler de violation du précédent 294 de cette Cour, puisque le Tribunal régional a souligné que la demande formulée par le demandeur implique des versements successifs de traitement, renouvelés à chaque échéance. Étant donné que l'atteinte au droit est continue, le délai de prescription est toujours partiel, à compter de l'expiration de chacun d'eux et non du droit dont ils proviennent.

Dans le même sens, l'extrait du vote conducteur de l'arrêt rendu dans l'affaire n° 133900-12.2002.5.04.0022 : « ainsi, la Súmula n° 294 du TST est inapplicable à l'hypothèse, et le délai de prescription partiel est reconnu, renouvelant le dommage mois par mois, tandis que la promotion à laquelle l'employé avait droit n'est pas effectuée ». Et, également, l'extrait faisant référence au cas n° 717395-77.2000.5.03.5555 : « dans le cas d'une demande de différences de salaire résultant du non-respect des critères du Plan de salaire, la prescription est partielle, puisque le préjudice est renouvelé de mois en mois, et qu'il n'est pas fait mention de prescription fondée sur la Súmula 294 du TST ».

Par conséquent, le Tribunal supérieur du travail se fonde sur l'application de la prescription partielle – base qui est répétée dans la plupart des décisions ayant donné lieu à la Súmula – sur le fait que la demande implique des versements successifs de traitements, le préjudice étant renouvelé de mois en mois. En fait, cette dernière partie est contenue dans l'énoncé même de la Súmula n° 452.

Il n'est pas difficile de voir que cet argument est illogique, car il justifie l'application de la prescription partielle sur la base d'une caractéristique *commune* à la fois à cette dernière et à la prescription totale. Or, il n'y a de sens que de discuter de la question de savoir si la

prescription est partielle ou totale dans le cadre d'une relation juridique continue, avec des versements successifs, comme en témoignent les extraits doctrinaux rassemblés ci-dessus.

Il est donc clair qu'en ce qui concerne l'application de la prescription totale ou partielle, les tribunaux, y compris le TST, ont statué non pas sur la base de critères juridiques établis doctrinalement et jurisprudentiellement, mais sur d'autres critères, ne donnant qu'un « habit juridique » à leurs décisions, par des motifs qui ne sont manifestement pas suffisants pour les étayer.

Il convient de mentionner que, bien que l'exemple de la Súmula n° 452 du TST ne semble pas être un exemple aussi clair d'activisme judiciaire que les autres déjà mentionnés, il caractérise l'un des types de comportements activistes qui, selon Teixeira, nuisent le plus à l'équilibre de l'ordre constitutionnel et à la stabilité interinstitutionnelle, à savoir le mépris des précédents jurisprudentiels. Selon cet auteur, le comportement susmentionné

se produit lorsque, notamment dans le cas de précédents d'une même Cour, la décision méconnaît ou se heurte à des interprétations consolidées dans une jurisprudence établie sur des questions analogues ou identiques, sans pour autant qu'aucune circonstance nouvelle ne soit survenue pour donner lieu à un changement d'orientation jurisprudentielle. Il s'agit également d'une forme d'activisme judiciaire nuisible qui est difficile à caractériser, car les décisions judiciaires sont l'espace approprié pour l'émergence d'innovations, mais ces dernières ne peuvent manquer de solides fondements normatifs (pas seulement légales) et d'une adéquation aux exigences du cas spécifique⁴³⁴.

Un autre cas que l'on peut mentionner est celui de l'appel spécial n° 2097324-SP, jugé par le STJ le 24/09/2024 et publié le 21/10/2024. Il s'agit d'une affaire qui portait sur le décès de l'un des conjoints sous un régime de séparation de biens obligatoire. Cependant, peu de temps avant la mort de son mari, la femme avait gagné un gros prix à la loterie. Les enfants du conjoint décédé, au courant de l'indemnité, ont fait valoir qu'une partie de cet argent devrait être incluse dans l'inventaire, car il s'agirait d'un bien commun du couple, même avec le régime de la séparation obligatoire.

Le résumé de l'arrêt susmentionné a été rédigé dans les termes suivants :

CIVILE ET PROCÉDURE CIVILE. APPEL SPÉCIAL. INVENTAIRE. QUESTIONS DE DROIT. QUESTION NON CONTROVERSÉE. DÉLAI DE PREUVE. INUTILE. RENVOI VERS LES CANAUX ORDINAIRES. DISQUALIFICATION. CPC/2015, PRIX DE LA LOTERIE. ACQUISITION. FAIT FINAL. COMMUNION. EFFORT COMMUN. PREUVE. INUTILE. DÉCISION CONFIRMÉE.

⁴³⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8.

1. L'article 612 du CPC/2015 est violé par l'ordonnance selon laquelle la discussion sur la communicabilité des biens du *de cuius* doit être résolue par les voies ordinaires lorsque tous les éléments nécessaires au jugement de la question litigieuse - la participation intentionnelle d'un prix de loterie obtenu par l'un des époux - ne sont pas controversés, et qu'il n'y a pas de questions de haute enquête nécessitant un délai de présentation de la preuve.

2. Selon les orientations établies par la quatrième chambre du STJ, « le prix de la loterie est un bien commun qui entre dans la communauté du couple sous la rubrique des « biens acquis par un fait occasionnel, avec ou sans le concours de travail ou de dépense antérieur » (CC/1916, art. 271, II ; CC/2002, art. 1.660, II)" (REsp n. 1.689.152/SC, rapporteur Ministre Luis Felipe Salomão, Quatrième Panel, jugé le 24/10/2017, DJe du 22/11/2017), solution applicable au régime de la séparation de corps (CC/1916, art. 258, § un., II ; CC/2002, art. 1.641, point II).

2.1. Au sens de cette Cour supérieure, donc, dans le cas d'un patrimoine commun, parce qu'il est acquis par un fait éventuel, l'examen de la participation des deux époux à son obtention (effort commun) n'est pas nécessaire.

2.2. De plus, dans le cas d'un couple qui a vécu en union stable pendant une vingtaine (20) d'années jusqu'à ce que le mariage soit officialisé, l'imposition de la séparation obligatoire ne semble pas raisonnable, dans la mesure où elle aggrave le régime matrimonial qui était auparavant supervisé sans que les époux aient exprimé une option pour ce changement.

Précédent du STJ.

3 . Appel spécial accueilli.

(Appel spécial n° 2 097 324/SP, Rapporteur Juge Antonio Carlos Ferreira, quatrième panel, jugé le 24/09/2024, Journal officiel du 21/10/2024.)

On peut donc voir que l'interprétation qui a prévalu était que « le prix de la loterie est un bien commun qui entre dans la communauté du couple sous la rubrique des 'biens acquis par un fait éventuel, avec ou sans la concomitance du travail ou des dépenses antérieures' » (CC/1916, art. 271, II ; CC/2002, art. 1.660, II) ».

Toutefois, cette position n'est pas juridiquement viable, puisque l'article 1 660 du Code civil, expressément cité comme fondement de la décision, se trouve dans le chapitre intitulé « Du régime de la communauté partielle », qui a une logique complètement différente du régime de la séparation de biens. En fait, ce chapitre commence par la définition du régime de la communauté partielle, dans les termes suivants : « Article 1.658. Dans le régime de la communauté partielle, les biens qui reviennent au couple, pendant le mariage, sont communiqués, à l'exception des articles suivants ». L'article suivant, l'article 1.659, prévoit la liste des biens qui sont exclus de la communauté et l'article 1.660 prévoit les biens qui entrent dans la communauté, dans les termes suivants :

Article 1 660. Entrent dans la communauté de biens :

I - les biens acquis pendant le mariage à titre onéreux, même si ce n'est qu'au nom de l'un des époux ;

II - les biens acquis par un fait éventuel, avec ou sans l'accord des travaux ou des dépenses antérieurs ;

III - les biens acquis par donation, succession ou legs, en faveur des deux époux ;

IV – l'amélioration de la propriété privée de chaque époux ;

V – les fruits du patrimoine commun, ou du patrimoine privé de chaque époux, perçus pendant le mariage, ou en cours au moment de la fin de la communion.

Il existe donc une disposition selon laquelle les biens acquis par un fait éventuel entrent dans la communauté précisément parce qu'il s'agit d'un régime de communauté de biens. Il est nécessaire de souligner qu'il ne s'agit pas d'un article générique, dont l'interprétation majoritaire est qu'il ne s'appliquerait qu'à ce régime, mais plutôt d'un article expressément consacré par le législateur à un régime complètement différent de celui vérifié en l'espèce.

Un autre motif utilisé dans la décision est celui relatif au régime de la séparation de biens obligatoire, associé à l'union stable antérieure du couple. En ce qui concerne ce dernier point, l'un des votes de la cour a enregistré que la prétendue union stable était un fait controversé sur lequel aucune preuve n'a été produite par la partie qui l'a alléguée. L'aspect le plus pertinent à analyser est toutefois le régime de la séparation de biens obligatoire. Dans le système juridique brésilien, l'une des hypothèses d'adoption obligatoire du régime de la séparation de biens est que l'un des époux soit âgé de plus de soixante-dix ans au moment du mariage (art. 1 641, par. II, du Code civil). Il s'agit d'une disposition légale qui figurait déjà, en substance, dans le Code civil de 1916, bien qu'il y ait eu des changements législatifs concernant l'âge et les conditions d'application.

Examinant les questions relatives à la constitutionnalité de la disposition susmentionnée – puisqu'elle institue, en pratique, une sorte d'« incapacité partielle » due à l'âge – le STF, statuant sur le thème n° 1.236 de la Répercussion générale, a donné une interprétation conforme à la Constitution à l'article 1.641, alinéa II, du Code civil, en ce sens que « dans les mariages et les unions stables impliquant une personne âgée de plus de 70 ans, le régime de la séparation de biens prévu au II de l'article 1.641 du Code civil, peut être levé par la manifestation expresse de la volonté des parties, au moyen d'un acte public. Cette décision du STF a même été expressément mentionnée dans l'Appel spécial jugé par le STJ.

Cependant, les époux n'ont jamais posé de questions sur le régime matrimonial, c'est-à-dire la séparation de biens – il n'y a, du moins, aucune référence à cet égard. Même si la décision du STF dans le cadre de la Répression générale a été rendue après le décès de l'époux, il est évident qu'il était tout à fait possible de s'interroger sur le caractère impératif du régime de la séparation de biens – ce qui, il faut le noter, n'a pas été fait. En d'autres termes, même s'ils ont vécu dans une union stable à une époque antérieure au mariage, c'était une décision des époux de célébrer le mariage eux-mêmes, en sachant qu'il entraînerait un régime de séparation de biens, ainsi qu'en l'absence de toute remise en question qui aurait pu être faite, par exemple, devant un tribunal, sur le régime susmentionné.

Il n'y a donc aucun moyen de supposer que l'époux décédé n'était pas d'accord avec cet état de choses et que, désormais, une partie du prix devrait aller à leurs enfants. Il est évident que la décision était motivée par un sens abstrait de justice, avec l'idée dominante qu'il serait plus juste d'attribuer une partie du prix aux enfants du mari, déjà adultes.

Il est intéressant de noter que même cette conclusion est discutable. Il n'y a en effet ici aucune valeur universelle prise en compte, aucun droit humain inaliénable en discussion, mais seulement de l'idée que les enfants devraient recevoir une part du prix au détriment, même partiel, de la veuve. Dans une analyse purement morale, aucune des voies ne semble absurde. Cette considération, cependant, ne fait que renforcer l'omniprésence de l'activisme dans le scénario juridique brésilien. Même en l'absence de débat sur une question éthique fondamentale, le système juridique a été ignoré – ou, comme certains peuvent préférer, « librement interprété ». L'interprétation, en fait, est si libre qu'elle permet d'aboutir à n'importe quelle conclusion, en fonction de la volonté de ceux qui décident.

Une autre décision qui mérite d'être mentionnée est celle rendue par le STF en appel extraordinaire n° 1.249.095, jugée le 27/11/2024 et publiée le 27/02/2025. La séance plénière de la Cour a décidé à l'unanimité que la présence de symboles religieux, tels que des images et des crucifix, dans les bâtiments et les organismes publics ne porte pas atteinte à la laïcité ou à la neutralité de l'État vis-à-vis des religions, ni à la liberté de croyance des personnes. Comme l'affaire a des répercussions générales (sujet n° 1.086), la thèse établie doit être appliquée dans toutes les instances du pouvoir judiciaire. La thèse de la répercussion générale établie était la suivante :

La présence de symboles religieux dans les édifices publics, appartenant à l'une des pouvoirs de l'Union, des États, du District fédéral et des municipalités, dans la mesure où elle a pour objectif de manifester la tradition culturelle de la société brésilienne, ne viole pas les principes de non-discrimination, de laïcité de l'État et d'impersonnalité.

Le résumé du jugement était le suivant :

APPEL EXTRAORDINAIRE AVEC AGGRAVATION. MÉRITE DE LA RÉPERCUSSION GÉNÉRALE. THÈME 1 086. DROIT CONSTITUTIONNEL. PRÉSENCE D'UN CRUCIFIX DANS UN ÉDIFICE PUBLIC DE L'UNION. UTILISATION DE SYMBOLES RELIGIEUX. ABSENCE DE VIOLATION DES PRINCIPES DE NON-DISCRIMINATION (ART. 3, IV ; ET 5, CAPUT, DE LA FC/88), DE LA LAÏCITÉ (ART. 19, I, DE LA FC/88) ET DE L'IMPERSONNALITÉ (ART. 37, CAPUT, DE LA FC/88). LAÏCITÉ COLLABORATIVE. L'INEXISTENCE DE L'IMPOSITION D'UNE RELIGION SPÉCIFIQUE. LE PLURALISME ET LA LIBERTÉ RELIGIEUSE SONT GARANTIS. RECONNAISSANCE DE L'ASPECT HISTORIQUE ET

CULTUREL PRÉSENT DANS LA CONSTRUCTION DE LA SOCIÉTÉ BRÉSILIENNE. DÉNI DE DISPOSITION JURIDICTIONNELLE (ARTICLE 5, XXXV, DU CF/88). NON-EXISTENCE. MANQUE DE RAISONNEMENT. RÉPERCUSSIONS GÉNÉRALES (SUJET 339). APPEL EXTRAORDINAIRE CONNU ET REJETÉ, AVEC ÉTABLISSEMENT DE THÈSE.

I — La fidélité aux valeurs et aux principes démocratiques défendus par la Constitution de la République exige l'identification et l'engagement envers les idéaux d'égalité, de liberté et de justice qui y sont présents, indépendamment des différences culturelles ou religieuses, afin que l'affichage de symboles religieux catholiques dans les organismes publics ne soit pas incompatible avec ces valeurs, garantissant l'autodétermination des citoyens.

II — L'action de l'administrateur public ou la conviction du juge ne sont pas guidées par des symbolologies religieuses, mais par l'application de la loi et par les fondements juridiques appropriés au cas d'espèce.

III — La formation éducative, morale et culturelle de la société brésilienne a été historiquement influencée par le christianisme catholique, avec des traits marqués dans la vie sociale quotidienne.

IV — En ce qui concerne l'affront allégué à l'article 5, XXXV, de la Constitution fédérale, il n'y a pas de déni de compétence si la partie s'est prévaluée des moyens d'appel applicables et a eu accès à des décisions motivées, même si elle est contraire à son intérêt.

V — Dans l'arrêt AI 791.292-QO-RG/PE (Topic 339), rapporté par le juge Gilmar Mendes, la répercussion générale a été reconnue et l'orientation a été réaffirmée en ce sens que l'exigence de l'article 93, IX, de la Constitution n'exige pas que la décision soit motivée de manière exhaustive. Ce qu'on demande, c'est que le juge indique clairement les motifs de sa condamnation.

VI — Appel extraordinaire CONNU et REJETÉ.

Bien que la thèse établie mentionne, de manière large, les symboles religieux, ce qui a été discuté dans le processus était, sans aucun doute, la grande présence de crucifix dans les bureaux publics les plus divers du Brésil, comme on peut le voir à partir de la narration des faits : « Concrètement, la controverse est née en raison de l'existence d'un crucifix en séance plénière du Tribunal électoral régional de l'État de São Paulo et de la représentation offerte par un citoyen [...] ».

C'est un fait public et notoire que la présence de crucifix dans les bâtiments publics brésiliens est quelque chose d'extrêmement courant dans toutes les sphères – fédérale, étatique et municipale – non limitée au pouvoir exécutif ou législatif, mais marquant également sa présence dans divers départements du pouvoir judiciaire, le ministère public, etc. De plus, il n'y a pratiquement aucune représentation d'autres religions dans ces lieux. Il est également important de préciser qu'il ne s'agit pas seulement de lieux de circulation interne des employés, mais aussi de salles de service public, d'environnements où se déroulent des séances publiques, entre autres.

Avant d'entrer dans les motifs utilisés par les juges dans leurs votes, il est nécessaire de souligner deux éléments essentiels. La première et la plus importante concerne l'objet du jugement. Aussi évident que cela puisse paraître, la constitutionnalité de la présence de la

religion ou des représentations religieuses dans la société brésilienne n'est pas débattue de manière large. Ce qui fait l'objet du débat, c'est seulement la présence de crucifix et d'autres symboles religieux possibles à l'intérieur des bureaux publics. Ce point, bien qu'apparemment trivial, sera important pour comprendre pourquoi la plupart des motifs utilisés par les juges ne se rapportent pas vraiment à l'objet de la discussion.

Deuxièmement, si l'État brésilien est laïc – et aucun des votes exprimés ne nie, au moins expressément, cette caractéristique – il y a une séparation nécessaire entre l'État et la religion. Par conséquent, les institutions de l'État ne doivent montrer aucune préférence pour une religion spécifique. Ainsi, on peut voir que, même si l'on peut penser à afficher des symboles de cette nature, il faut rechercher une représentation adéquate de la population (ce qui serait encore problématique, car cela exclurait ceux qui n'ont pas d'appartenance religieuse) et jamais la quasi-exclusivité d'une seule religion au détriment de toutes les autres. En d'autres termes, ce qui est vraiment en discussion dans ce cas, c'est de savoir si, au moins sur le plan symbolique, l'État brésilien peut établir la préférence d'une religion par rapport aux autres.

Ce n'est toutefois pas l'argumentation des juges du STF lors des votes.

Dans un premier temps, il semble inutile de faire, à ce stade, une défense extensive de l'option de la constituante de 1988 pour la laïcité de l'État, puisque celle-ci, comme mentionné ci-dessus, n'a été remise en question dans aucun des votes. Il convient toutefois de mentionner que la Constitution fédérale de 1988 contient des dispositions à cet égard, dont la plus claire est probablement celle qui figure à l'article 19, I, du texte constitutionnel, qui dispose ce qui suit :

Article 19. Il est interdit à l'Union, aux États, au District fédéral et aux municipalités de :
I) d'établir des cultes ou des églises religieuses, de les subventionner, d'entraver leur fonctionnement ou d'entretenir des relations de dépendance ou d'alliance avec eux ou leurs représentants, sauf, conformément à la loi, la collaboration dans l'intérêt public ;
[...]

Il convient de noter que cette même disposition prévoit déjà expressément une mise en garde, à savoir la collaboration d'intérêt public entre les cultes religieux et l'une des entités de la fédération. Ce n'est là qu'un exemple des diverses dispositions de la Constitution selon lesquelles la religion fait partie de la société brésilienne et que sa pertinence est reconnue par

les institutions. Dans le même sens, le préambule de la Constitution fédérale de 1988 dispose que :

Nous, représentants du peuple brésilien, réunis à l'Assemblée nationale constituante pour établir un État démocratique, destiné à assurer l'exercice des droits sociaux et individuels, la liberté, la sécurité, le bien-être, le développement, l'égalité et la justice en tant que valeurs suprêmes d'une société fraternelle, pluraliste et sans préjugés, fondée sur l'harmonie sociale et engagée, dans l'ordre interne et international, avec le règlement pacifique des différends, Nous promulguons, sous la protection de Dieu, la CONSTITUTION SUIVANTE DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRATIVE DU BRÉSIL.

La référence à Dieu, et donc à la religion, est une fois de plus évidente. En effet, dans plusieurs votes, les juges du STF se sont référés à cette disposition du préambule, comme, par exemple, le juge Flávio Dino, lorsqu'il a déclaré que « bien que le Brésil soit un État laïc, la Constitution reconnaît et valorise la dimension religieuse de l'être humain, la considérant essentielle pour le bien commun. Cette appréciation, constante depuis le Préambule, qui invoque « la protection de Dieu » [...] ». Cependant, ce qui n'est fait dans aucun vote, c'est d'expliquer comment la reconnaissance de l'existence et de la pertinence de la religion au sein de la société brésilienne peut justifier la présence de symboles religieux – ou, plus clairement, de symboles d' *une religion* – dans les installations de la plupart des bâtiments publics du pays. Il y a, ici, un saut logique évident qui est confortablement ignoré.

Un argument très similaire et constamment utilisé est celui de la tradition culturelle de notre pays. Ces fondements sont basés sur le fait que la religion chrétienne a été très importante dans la formation de la société brésilienne de la période coloniale, en passant par l'Empire jusqu'à la République. À titre d'exemple, je cite l'extrait suivant de l'avis du rapporteur, le juge Cristiano Zanin :

Au début de mon vote, j'ai démontré comment le christianisme – jusque-là dirigé par l'Église catholique – était présent dans la formation de la société brésilienne, enregistrant la présence jésuite depuis l'épisode de la découverte et, dès lors, agissant dans la formation éducative et morale des personnes qui en ont émergé.

Une fois de plus, il convient de s'interroger : comment l'histoire brésilienne – qui, de fait, est liée à la tradition chrétienne depuis le début de la période coloniale – peut-elle justifier, dans un État laïc, le choix d'une religion comme religion préférée au sein des institutions publiques ? Pourrait-elle, par exemple, notre inégalité sociale, qui a toujours été

l'une des plus élevées au monde, justifier l'argument selon lequel l'inégalité est une valeur constitutionnelle ? Ou encore, que la structure de notre société sur le travail esclave depuis plus de trois cents ans est une base pour justifier que l'esclavage serait protégé par la Constitution fédérale de 1988 ? La réponse est évidemment négative. La reconnaissance de la pertinence sociologique d'un élément de notre histoire ne peut justifier l'attribution automatique d'un caractère normatif à cette caractéristique.

Un autre argument, directement liée à celle-ci, qui est apparue dans certains votes, concerne les différentes références religieuses que l'on trouve dans la société, telles que les fêtes religieuses, les noms de rues, de villes, etc. En ce sens, l'extrait suivant du vote du juge Gilmar Mendes :

Ici, une question intéressante me vient à l'esprit : devons-nous, à un moment donné, en arriver au point de discuter du retrait de la statue du Christ Rédempteur de la colline du Corcovado parce qu'elle symbolise l'influence chrétienne dans notre pays ? Ou l'extinction de la fête nationale de notre sainte patronne, Notre-Dame d'Aparecida ? Le changement de nom des États et des villes, parce qu'ils portent le nom de saints, tels que São Paulo et Santa Catarina ?

Bien qu'il soit possible de débattre de la question de savoir si un État laïc devrait ou non avoir autant de références à la religion⁴³⁵, il n'y a aucun moyen de soutenir que l'existence de ces références au christianisme au Brésil – comme dans d'innombrables autres pays – est une base juridique pour affirmer que la religion chrétienne serait une valeur constitutionnelle capable de justifier l'établissement d'une préférence de celle-ci par rapport aux autres. Ce serait comme affirmer que l'existence d'innombrables rues, places et municipalités dans tout le pays portant les noms de Dom Pedro I et Dom Pedro II peut étayer la conclusion que la monarchie est, encore aujourd'hui, une valeur constitutionnelle ou, même, que les différentes rues portant les noms des généraux de la période de la dictature militaire servent à affirmer que la Constitution fédérale de 1988 soutient ce type de régime, ce qui est évidemment faux.

Deux autres arguments méritent d'être commentés, tous deux concernant des décisions judiciaires. Le premier se réfère à des décisions antérieurement rendues par le STF qui seraient en mesure de démontrer la laïcité de la Cour et la seconde à la prétendue absence d'influence des symboles religieux dans les processus décisionnels. En ce qui concerne le premier, il n'est pas nécessaire de poursuivre les discussions. Même si l'on considère que

⁴³⁵ En fait, il y a des pays qui ont cherché à s'éloigner de cette tradition, comme c'est le cas de l'Uruguay, qui a remplacé toutes les références religieuses lors de ses fêtes nationales par d'autres valeurs considérées comme plus larges. Le 25 décembre, par exemple, est le « jour de la famille ». Dans < <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c0jx2knx40wo>>, consulté le 05/01/2025.

toutes les décisions citées⁴³⁶ étaient fondées et allaient dans le sens de la défense de la laïcité de l'État, il semble assez clair qu'une décision qui porterait atteinte à la neutralité de l'État à l'égard des religions ne serait pas justifiée à l'heure actuelle. En ce qui concerne le second, il est indiqué dans le vote du rapporteur, le juge Cristiano Zanin, que :

Cela dit, je comprends que la présence de signes religieux dans l'espace public, contrairement à ce que soutient l'appelant, ne délégitime pas l'action de l'administrateur ni la conviction impartiale du juge — même parce que les motifs juridiques ne sont pas fondés sur des éléments divins, c'est-à-dire qu'elle n'impose pas « [...] conceptions philosophiques aux citoyens » ; elle ne contraint pas le croyant à renoncer à sa foi ; il ne lui enlève pas sa faculté d'autodétermination et de perception mytho-symbolique ; elle n'empiète pas non plus sur leur liberté d'avoir, de ne pas avoir une religion.

Ce passage semble ignorer la structure sociale et psychologique même des symboles. Il serait irréalisable, dans les limites du présent travail, de faire un développement complet de

⁴³⁶ Dans l'avis du juge rapporteur, il est indiqué que : « En ce qui concerne la laïcité de l'État, le STF dispose d'une jurisprudence abondante qui renforce ce principe. En 2003, lorsqu'elle a jugé l'ADI 2.076/AC, rédigée par le juge Carlos Velloso (Cour plénière, DJ 8/8/2003), la Cour suprême a conclu que, malgré l'invocation de Dieu dans le préambule de la Constitution fédérale et la présence d'un sentiment déiste et religieux, l'État est laïc, en veillant à ce que « [...] La constitution appartient à tout le monde, sans distinction entre déistes, agnostiques ou athées. En ce qui concerne la laïcité de l'État, le Tribunal fédéral dispose d'une jurisprudence abondante qui renforce ce principe. En 2003, lorsqu'elle a jugé l'ADI 2.076/AC, rédigée par le juge Carlos Velloso (Cour plénière, DJ 8/8/2003), la Cour suprême a conclu que, malgré l'invocation de Dieu dans le préambule de la Constitution fédérale et la présence d'un sentiment déiste et religieux, l'État est laïc, en veillant à ce que « [...] La constitution appartient à tout le monde, sans distinction entre déistes, agnostiques ou athées. Ce sceau a été réaffirmé en 2010 dans l'arrêt de l'ADI 3.510/DF, du rapporteur du juge Ayres Britto (Cour plénière, DJe 28/5/2010), qui, en reconnaissant la constitutionnalité de la recherche sur les cellules souches, a établi : Ce sceau a été réaffirmé, en 2010, dans l'arrêt de l'ADI 3.510/DF, du rapporteur du juge Ayres Britto (Cour plénière, DJe 28/5/2010), qui, en reconnaissant la constitutionnalité de la recherche sur les cellules souches, Il a été établi : [...] La décision d'un enfant ou d'une filiation exprime une forme d'autonomie de la volonté individuelle que la Constitution elle-même qualifie de « droit à la planification familiale », fondée sur les principes tout aussi constitutionnels de la « dignité de la personne humaine » et de la « paternité responsable ». La combinaison constitutionnelle de la laïcité de l'État et de la primauté de l'autonomie de la volonté privée, selon les mots du juge Joaquim Barbosa. Ce postulat a également été mis à l'épreuve lorsque le Tribunal fédéral a statué sur la constitutionnalité des unions entre personnes de même sexe (ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 14/10/2011) ; l'inexistence d'un crime, lorsque la grossesse d'un fœtus anencéphale est interrompue (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 30/04/2013) ; l'enseignement religieux confessionnel en tant que matière facultative dans les emplois normaux des écoles primaires publiques (ADI 4.439/DF, Rapporteur pour avis du jugement Min. Alexandre de Moraes, Plénière, DJe 21/06/2018) ; la diffusion de discours prosélytes dans le service de radiodiffusion communautaire (ADI 2.566/DF, Rapporteur pour avis de l'arrêt Min. Edson Fachin, Plénière, DJe 23/10/2018) ; et la loi sur la protection des animaux, qui, afin de sauvegarder la liberté religieuse, autorise le sacrifice rituel d'animaux dans les cultes des religions basées en Afrique (RE 494.601/ES, Rapporteur pour avis de l'arrêt Min. Edson Fachin, Plénière, DJe 19/11/2019) ; et, plus récemment, la reconnaissance du droit des Témoins de Jéhovah de ne pas subir de transfusion sanguine (RE 979.742/AM, Rel. Min. Luís Roberto Barroso et RE 1212272/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, tous deux avec le procès-verbal du jugement publié au DJe du 26/09/2024) [...]

ce thème, mais certaines considérations sont nécessaires. En premier lieu, il est vrai qu'il n'y a pas qu'un seul concept de symbole universellement accepté. Lorsqu'il aborde le sujet, Clifford Geertz rappelle que, pour certains, ce terme est utilisé pour désigner quelque chose qui signifie autre chose pour quelqu'un. D'autres ne l'utilisent que comme des signaux explicitement conventionnels d'un type ou d'un autre. Dans une troisième approche, la notion de symbole « se limite à quelque chose qui exprime de manière oblique et figurative ce qui ne peut être affirmé de manière directe et littéral ». Dans l'interprétation adoptée par Geertz, il signifie « tout objet, acte, événement, qualité ou relation qui sert de lien à une conception ».⁴³⁷ Cependant, ce qui est plus important que d'examiner les limites de chacune des définitions, c'est de comprendre la pertinence des symboles au sein des systèmes culturels – ce qui inclut, bien sûr, notre société. Lorsqu'il explique certains aspects du fonctionnement des symboles en tant que modèles de processus, Geertz déclare que :

La perception d'une congruence structurelle entre un ensemble de processus, d'activités, de relations, d'entités, etc., et un autre ensemble pour lequel il agit comme un programme, de sorte que le programme peut être pris comme une représentation ou une conception – un symbole – du programmé, est l'essence de la pensée humaine. L'intertransposabilité des modèles entre les modèles et à partir des modèles que la formulation symbolique rend possible est le trait le plus distinctif de notre mentalité⁴³⁸.

⁴³⁷ GEERTZ, Clifford. *A religião como sistema cultural*. In: *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro : Zahar, 1978, p. 106.

⁴³⁸ GEERTZ, Clifford. *A religião como sistema cultural*. In: *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro : Zahar, 1978, p. 110-111. Commentant les conceptions de Geertz sur cette question, Montero déclare que « les systèmes symboliques seraient cependant hors de portée des relations intersubjectives, mais fourniraient un modèle d'action. Les symboles religieux, d'autre part, fonctionneraient pour rendre l'*ethos* (les dispositions morales et esthétiques d'un peuple) intellectuellement raisonnable et adapté, d'un point de vue pratique, à l'état des choses tel qu'il est décrit par la vision du monde. Dans l'anthropologie symbolique de Geertz, la fonction des symboles est d'ajuster les actions humaines à un ordre cosmique imaginaire et de projeter des images de cet ordre sur le plan de l'expérience. Les dernières considérations de Montero dans cette étude sont également très intéressantes pour la compréhension de l'aspect symbolique des religions : « Le problème avec l'approche cognitiviste de la religion, centrée sur le concept de représentation, est son hypothèse implicite que le monde symbolique et le monde social sont deux dimensions distinctes. En adoptant sans critique cette compréhension, cette approche reproduit sans s'en rendre compte, comme le suggère Asad, le discours théologique qui transforme les événements, les gestes et les événements en significations cosmologiques. [...] Si nous sommes prêts à accepter que les religions sont des formes discursives qui, dans les sociétés contemporaines, articulent les lieux, les personnes, les choses et les idées les plus divers, nous pouvons conclure que les conditions historiques qui ont soutenu l'idée de « croyance » en tant que conviction intime ou en tant que ce qu'une personne ou un groupe considère comme vrai ont profondément changé. Dans ce cas, les propositions d'Asad nous offrent un moyen de remettre en question les hypothèses fondamentales de la théorie du symbolisme héritées par les classiques, déplaçant la primauté de la notion de représentation du domaine de la connaissance vers le domaine du pouvoir. MONTERO, Paula. *A teoria do simbólico de Durkheim e Lévi-Strauss: desdobramentos contemporâneos no estudo das religiões*. Revista Novos estudos CEBRAP. Mars 2014 (98) :125-42.

Il n'est donc pas possible de dire qu'un symbole religieux – surtout un symbole aussi important que le crucifix pour le christianisme – présent dans la plupart des espaces de décision de l'État brésilien n'aura aucune influence sur la perception que les individus ont de ce qui est décidé ou sur le contenu des décisions, simplement parce que « le fondement juridique n'est pas fondé sur des éléments divins », comme l'a déclaré le juge rapporteur. Il est important de rappeler que l'un des objectifs de cette thèse est précisément de démontrer que, surtout au Brésil, la plupart des motifs présentés dans les décisions judiciaires ne constituent qu'un « vernis juridique », qui cherche à donner une apparente légalité à des décisions qui ont comme motivation réelle des éléments très différents de ceux présentés.

Cependant, il existe des situations dans lesquelles même le vernis disparaît. Un bon exemple est le vote susmentionné rendu dans le jugement du procès n° 1.0024.02.810824 9/003 par la Cour de justice de Minas Gerais, dans lequel la base était la volonté divine – un vote qui comprenait également l'affirmation que « ici nous sommes tous chrétiens ». Il n'est pas difficile de voir que des décisions comme celle de la TJ-MG sont influencées par des décisions comme celle-ci du STF, actuellement en discussion. Bien que l'on puisse faire valoir que la décision du STF a été rendue plus de quinze ans après celle, qui date de 2008, et que, par conséquent, il ne serait pas en mesure de l'influencer, il est nécessaire de rappeler que ce n'est pas la première fois que le pouvoir judiciaire se penche sur le sujet. En 2007, le Conseil national de la justice a analysé les Demandes de Providence n° 1 344 ; 1.345; 1.346 et 1.362, qui mettaient en doute précisément la présence de crucifix dans les locaux des organes du pouvoir judiciaire. À cette occasion, le CNJ a exprimé son opposition à la suppression des symboles, comprenant que « [...] les objets seraient des symboles de la culture brésilienne et qui n'interféreraient pas avec l'impartialité et l'universalité du pouvoir judiciaire". La question est raisonnable : sans la légitimation par le Conseil national de la justice de la présence de symboles chrétiens dans les organes du pouvoir judiciaire, aurions-nous, quelques mois plus tard, un juge utilisant, sans aucune contrainte, la volonté divine comme base d'une décision ?

Enfin, quelques commentaires sur des extraits du vote prononcé par le juge André Mendonça sont appropriés. Mais d'abord, une brève digression s'impose, pour élucider la façon dont la laïcité est comprise au Brésil. Le ministre André Mendonça a été nommé au STF par le président de la République de l'époque en 2021. Le principal critère de choix a été annoncé publiquement par le président avant même la nomination, c'est-à-dire être «

terriblement évangélique ».⁴³⁹ Il est important de noter qu'il n'a pas été nommé *même s'il* avait cette caractéristique, la nomination a eu lieu *précisément à cause de cela*. En d'autres termes, un juge de la Cour suprême a été choisi – et cela a été annoncé publiquement – non seulement pour sa religion, mais aussi pour avoir une position radicale en faveur de cette religion. A propos du vote, en voici des extraits :

Comme on peut le constater, la relation entre l'État et la religion adoptée dans la Charte de 1988, bien que fondée sur l'idée fondamentale de laïcité de l'État – puisqu'il est interdit d'établir, de subventionner ou d'entretenir des relations de dépendance ou d'alliance avec quelque secte que ce soit (art. 19, point I, de la FC/88) – n'autorise pas, même sous prétexte de neutralité, d'utiliser les institutions de l'État pour un militantisme antireligieux déraisonnable, comme s'il y avait un devoir, typique des régimes totalitaires, de persécuter et d'extirper de la sphère publique toutes les manifestations ou expressions religieuses. Le modèle de laïcité apporté par l'Assemblée constituante de 1988 est très différent de cette vision autoritaire et antidémocratique.

[...]

En plus de sa valeur historico-culturelle – et qui devrait être comprise comme telle par ceux qui ne croient pas en la divinité représentée – la symbolique qui y est exprimée n'est pas source de division. Au contraire, la croix du Christ, précisément parce qu'elle représente le sommet du sacrifice divin au nom de toute l'humanité, est l'élément le plus accueillant (et donc inclusif) de l'esthétique religieuse universelle. La présence de ces symboles n'induit pas non plus l'interprétation selon laquelle les actes accomplis dans cette enceinte, objectivement régis par des normes de nature différente, sont partiels ou recouverts d'un parti pris religieux.

En ce qui concerne le premier extrait, le ministre affirme que l'État est laïc, mais que l'interdiction des crucifix dans les fonctions publiques constituerait un « militantisme antireligieux déraisonnable, comme s'il y avait un devoir, typique des régimes totalitaires, de persécuter et d'extirper de la sphère publique toutes les manifestations ou expressions religieuses ». Premièrement, il y a une confusion évidente entre ce qui a été demandé dans les documents et ce qui est commenté. Interdire les crucifix dans des bureaux publics n'équivaut pas à extirper de la sphère publique toute expression religieuse. Plus important, cependant, est l'absence totale de justification de ce qui est dit. Même si la France est expressément mentionnée dans un autre point de son vote, il n'y a pas d'effort argumentatif pour démontrer pourquoi le modèle défendu par le ministre est plus démocratique que le modèle français – ce dernier, oui, beaucoup plus proche de l'interdiction totale des références religieuses dans la sphère publique. En ce sens, il est important de se poser la question suivante : la France, selon l'interprétation du ministre, serait-elle un État totalitaire ?

⁴³⁹ Disponível em < <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-12/andre-mendonca-o-nome-terrivelmente-evangelico-para-o-stf-de-bolsonaro.html>>, acesso em 02/05/2025.

En ce qui concerne le deuxième extrait, il est affirmé non seulement que « la croix du Christ, précisément parce qu'elle représente le sommet du sacrifice divin au nom de toute l'humanité, est l'élément le plus accueillant (et donc inclusif) de l'esthétique religieuse universelle », mais aussi que cette logique doit être acceptée même par ceux « qui ne croient pas en la divinité représentée ». Cet argument, étant présente dans un vote d'un ministre de la plus haute cour du pays, représente déjà, en elle-même, une offense à la séparation entre l'État et la religion. Il ne faut pas beaucoup d'efforts pour se rendre compte que cette interprétation se réfère précisément à ceux qui croient aux dogmes et aux symboles de la religion chrétienne. Ce même symbole peut avoir une signification très différente – et même contraire – pour les personnes d'autres orientations religieuses.

Ironiquement, il y a ici un lien direct avec le vote susmentionné rendu dans le jugement du procès n° 1.0024.02.810824 9/003 par la Cour de justice de Minas Gerais. L'affirmation selon laquelle le crucifix est l'élément le plus accueillant de l'esthétique religieuse universelle ne pourrait, en fait, être acceptée que comme fondement d'une décision dans un environnement où « nous sommes tous chrétiens ».

Comme mentionné ci-dessus, nous ne devrions cependant pas analyser de telles décisions – et l'activisme judiciaire qui en fait preuve – en dehors du contexte historique brésilien. Le Brésil a une longue tradition autoritaire, qui a commencé pendant la colonisation et s'est poursuivie après l'indépendance. Il est courant de voir des références à des périodes de « gouvernements autoritaires » dans notre histoire, alors qu'en fait, il serait plus correct de parler de périodes démocratiques au sein d'une tradition autoritaire presque continue.

Il convient de rappeler que, pendant la période impériale, bien qu'il y ait eu des partis et des chambres législatives, il existait, en plus des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, le pouvoir modérateur, concentré entre les mains de l'empereur et qui était au-dessus des trois autres. Ainsi, même avec des élections et des représentants élus, le modèle de gouvernement était clairement autoritaire. En fait, un phénomène similaire s'est produit pendant la période de la dictature militaire (1964-1985), lorsque, malgré l'existence de partis politiques et d'un Congrès national, le gouvernement était manifestement dictatorial. En ce sens, José Murilo de Carvalho précise que :

L'une des raisons en est que la mobilisation politique avant le coup d'État était beaucoup plus importante que celle qui avait précédé 1930. En conséquence, le coût pour le gouvernement de la suppression des droits politiques était également plus élevé. Le coût externe a également été plus important, car la situation internationale n'était pas favorable à l'autoritarisme, contrairement aux années 1930. Les coûts

internes et externes étaient si élevés que l'armée a maintenu une façade de démocratie et a permis aux partis et au Congrès de fonctionner⁴⁴⁰.

Il n'est pas difficile de voir que dans un pays si profondément marqué par des gouvernements autoritaires, des pratiques de cette nature ont tendance à survivre même dans les périodes démocratiques, comme celle que nous vivons actuellement, même si ces pratiques ont besoin d'un « vernis démocratique ». C'est l'ironie de l'activisme judiciaire au Brésil : il perpétue et légitime les pratiques autoritaires sous prétexte de faire exactement le contraire, c'est-à-dire de collaborer pour renforcer la démocratie. Ainsi, la tradition autoritaire brésilienne a trouvé, dans le cadre du pouvoir judiciaire, une justification cohérente dans l'activisme judiciaire. Prétendant rechercher la réalisation des droits fondamentaux et collaborer à la réalisation du projet démocratique de la Constitution, à travers une action plus proactive, d'innombrables magistrats ne font que répéter et légitimer des pratiques autoritaires qui ont toujours fait partie de tous les pouvoirs de notre République.

6. L'autoritarisme relationnel dans le garantisme pénal

Dans le chapitre précédent, une approximation a été faite entre notre tradition autoritaire et l'activisme judiciaire brésilien. Cependant, ce n'est pas le seul phénomène à présenter cette caractéristique. En fait, il est possible d'identifier la praxis du garantisme pénal au Brésil avec nos structures sociales historiquement marquées par l'autoritarisme et l'inégalité.

6.1. Fondements théoriques : l'inégalité entre l'État accusateur et l'individu accusé

La théorie du garantisme va bien au-delà du champ d'application du droit pénal et de la procédure pénale. C'est facile de le voir, parce que, d'un point de vue logique, lorsqu'on parle de garanties constitutionnelles, on ne désigne pas seulement celles dont dispose l'individu lorsqu'il est en position d'accusé dans une affaire criminelle. Au Brésil, par exemple, la propriété est un droit fondamental, prévu par la Constitution, tout comme les recours constitutionnels pour la défendre. Bien qu'il soit possible qu'un accusé puisse invoquer le droit de propriété dans le cas où des mesures sont prises pour restreindre ses biens dans le cadre d'une enquête de police ou d'une procédure pénale, dans la majorité absolue des

⁴⁴⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.191.

cas où ce droit est défendu, judiciairement ou non, l'atteinte ou la menace à ce droit n'a rien à voir avec le droit pénal.

Luigi Ferrajoli distingue trois significations du constitutionnalisme garantiste : le modèle ou le type de système juridique, la théorie du droit et la philosophie politique. Modèle du système juridique, le constitutionnalisme garantiste se caractérise, par rapport à ce qu'il appelle le « paléo-juspositivisme », par la positivation des principes qui devraient sous-tendre toute production normative. En tant que théorie du droit, le constitutionnalisme garantiste thématise la divergence entre le devoir d'être (constitutionnel) et l'être (législatif) du droit, caractérisée par la distinction entre *validité* et *vigueur*, puisqu'il admet l'existence de normes en vigueur même si elles sont invalides, puisque, bien qu'elles aient été produites conformément aux normes procédurales lors de leur formation, elles sont incompatibles avec les normes substantielles prévues par la constitution. En tant que philosophie politique, le constitutionnalisme garantiste consiste en une théorie de la démocratie. Il ne s'agit pas seulement d'une théorie abstraite du bon gouvernement, mais plutôt d'une théorie de la démocratie substantielle, ainsi que formelle, ancrée empiriquement dans le paradigme du gouvernement qu'il a présenté⁴⁴¹.

Toutefois, au Brésil, les branches du droit dans lesquelles le garantisme a eu la plus grande répercussion sont, sans aucun doute, le droit pénal et le droit de procédure pénale. Les garanties données aux accusés dans les procédures pénales sont le résultat d'une longue évolution historique, au cours de laquelle on s'est rendu compte que la violence perpétrée par l'État, bien qu'étant la seule légitime, est probablement la plus injuste, compte tenu de l'inégalité des forces entre les parties - État x citoyen⁴⁴². En fait, l'idée que le soi-disant *État de droit* existe pour protéger l'individu contre l'arbitraire du pouvoir étatique est chère à toutes les branches du droit public. Celso Antônio Bandeira de Mello affirme que « la raison même de l'État de droit est la défense de l'individu contre le pouvoir public », affirmant également que la formule, par excellence, qui garantit cette intention est la tripartition de l'exercice du pouvoir, grâce à laquelle les citoyens se garantissent contre les risques d'une trop grande partie de l'exécutif, en lui refusant toute force juridique pour établir des règles qui impliquent des limitations à la liberté et à la propriété des personnes. C'est précisément pour freiner le

⁴⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitutionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

⁴⁴² WEBER, Max. *A política como vocação*. GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). Max Weber – *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982. p. 55.

pouvoir du monarque, dont le successeur est le pouvoir exécutif, que ce mécanisme, largement répandu dans le monde d'aujourd'hui, a été conçu⁴⁴³.

La théorie du garantisme pénal était également structurée sur ces propositions. De cette façon, le même ensemble d'idées est également rendu explicite dans plusieurs ouvrages par d'importants doctrinaires du garantisme. Il est symptomatique, en ce sens, que Cezar Roberto Bitencourt appelle le chapitre faisant référence aux principes du droit pénal dans son *Traité de droit pénal* « Principes limitatifs du pouvoir punitif de l'État ».⁴⁴⁴ Dans le même sens, Cláudio Brandão, lorsqu'il discute de la relation entre le droit pénal et l'État de droit, affirme que « le principe de légalité constitue une limite à l'intervention de l'État, étant inséparable de l'idée de droit pénal d'un État de droit social et démocratique. La légalité préserve la liberté et la dignité de l'homme et veille à ce que ces valeurs ne soient pas arbitrairement violées par le *jus puniendi* de l'État. »⁴⁴⁵

L'extrait suivant est également tiré de l'ouvrage *La procédure pénale et sa conformation constitutionnelle*, d'Aury Lopes Junior :

W. Goldschmidt explique que les droits fondamentaux, en tant que tels, sont dirigés contre l'État et appartiennent donc à la section qui traite de la protection de l'individu contre l'État. La procédure pénale constitue une branche du droit public et, en tant que tel, implique l'autolimitation de l'État, une souveraineté atténuée. En outre, il y a aussi le fondement historico-politique pour soutenir la double fonction de la procédure pénale moderne, qui a été bien abordé par Bettioli. (...) Pour cette raison, Ferrajoli parle de la *ley del más débil*. Au moment de l'infraction, la victime est la plus faible et, par conséquent, bénéficie d'une protection pénale. Cependant, dans le processus pénal, il y a un changement important : le plus faible devient l'accusé, qui, face au pouvoir d'accusation de l'État, subit la violence institutionnalisée du procès et, plus tard, de la peine⁴⁴⁶.

Ainsi, toute une théorie – ou des théories – a été construite qui guide le raisonnement selon lequel l'application de la violence d'État, pour être légitimée, doit être précédée d'un processus. Dans l'extrait ci-dessus, Aury Lopes Jr. cite une idée importante apportée par Luigi Ferrajoli. En fait, il n'y a aucun moyen de parler du sujet sans aborder, même brièvement, certains concepts qu'il a présentés, en particulier dans son ouvrage fondamental sur le sujet, *Droit et Raison*. Ferrajoli affirme que la procédure pénale n'existe pas pour protéger la victime ou la société, en général, contre le crime, mais plutôt l'accusé, précisément parce qu'il est – comme indiqué ci-dessus – le plus faible dans sa relation avec l'État. Ainsi, la procédure

⁴⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 332.

⁴⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁴⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 49-50.

⁴⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 12-14.

pénal ne sert pas à protéger la majorité, mais plutôt à protéger, même contre la majorité, les citoyens individualisés qui, bien qu'étant suspects, ne peuvent être déclarés coupables sans preuves ⁴⁴⁷.

Cependant, de ce point de vue, il ne s'agit pas d'un quelconque type de procédure susceptible de légitimer la violence perpétrée par l'État. Il est nécessaire de suivre un système accusatoire, garantissant à l'accusé une série de droits. Parmi celles-ci, l'une des principales est la garantie de la présomption d'innocence, c'est-à-dire qu'il appartient à l'État – en cas d'action pénale d'initiative publique – de prouver la culpabilité d'un certain individu, et l'inertie des deux parties conduirait logiquement à l'acquittement : « Si l'innocence est assistée par le postulat de sa présomption jusqu'à preuve du contraire, c'est cette preuve contraire qui doit être apportée par celui qui la nie en formulant l'accusation. D'où le corollaire de la charge accusatoire de la preuve exprimée par notre axiome *nulla accusatio sine probatione* ». ⁴⁴⁸

Bien sûr, la violence d'État se retrouve également dans d'autres domaines du droit. Lors d'une réintégration, par exemple, la force policière peut être utilisée. Dans l'expropriation de biens d'utilité publique, même si c'est par le biais d'une indemnisation préalable, il y a la perte de biens, un droit fondamental prévu par la Constitution. Cependant, le droit pénal est la branche du droit qui traite des plus grandes restrictions que l'État peut imposer aux individus. Dans notre pays, comme les peines cruelles ou la peine de mort sont constitutionnellement interdites – sauf, pour cette dernière, en cas de guerre déclarée – comme dans tout système pénal garant, la peine de prison est la peine par excellence.

Sur ce point, Salo de Carvalho explique, en commentant les concepts énoncés par Beccaria, que la structure pénale basée sur la théorie du contrat social rend impossible à l'État d'exécuter ce qui n'a pas été convenu auparavant et qu'il ne serait pas exigé que chaque individu cède plus qu'une partie de sa liberté. Ainsi, l'incidence de la peine sur tout autre bien juridique, comme la vie, par exemple, serait illégitime : « Donc, dans ce modèle, on ne peut pas délibérer sur la vie d'un citoyen ; seule sa liberté (partielle) pouvait être négociée, en l'exposant à des sanctions. De plus, la sphère de la liberté ne concernerait que la liberté de circulation ». ⁴⁴⁹

C'est au risque constant de perte de liberté que les accusés doivent faire face dans le cadre d'une affaire criminelle. Cependant, selon Ferrajoli, une personne innocente ne pourrait

⁴⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 450.

⁴⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 488.

⁴⁴⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

jamais avoir ce genre de peur, car l'arrestation d'un individu non coupable est l'une des plus grandes représentations de l'arbitraire du pouvoir de l'État. Pour l'auteur, seule la méfiance à l'égard d'une personne innocente est déjà capable d'enlever la légitimité de l'ensemble du système :

Il s'ensuit – s'il est vrai que les droits des citoyens sont menacés non seulement par des crimes mais aussi par des peines arbitraires – que la présomption d'innocence n'est pas seulement une garantie de liberté et de vérité, mais aussi une garantie de sécurité ou, si l'on veut, de défense sociale : de la « sécurité » spécifique qu'offre l'État de droit et qui s'exprime par la confiance des citoyens dans la justice. et de cette « défense » spécifique de ceux-ci contre l'arbitraire punitif. Par conséquent, le signe indubitable de la perte de légitimité politique de la juridiction, ainsi que de son involution irrationnelle et autoritaire, est la peur que la justice instille chez les citoyens. Chaque fois qu'un accusé innocent a des raisons de craindre un juge, cela signifie que cela sort de la logique de la primauté du droit : la peur et même la simple méfiance ou l'insécurité à l'égard de l'innocent signalent l'échec de la fonction même de la juridiction pénale et la rupture des valeurs politiques qui la légitiment⁴⁵⁰.

La justification morale du garantisme pénal réside donc dans l'endiguement du pouvoir punitif de l'État, qui découle de la reconnaissance de l'inégalité des forces entre les parties impliquées dans la relation État-individu. Cette idée est bien résumée par le penseur italien Norberto Bobbio qui, ce n'est pas un hasard, a été choisi pour écrire la préface de la première édition de *Droit et Raison*. Dans un essai intitulé *Contre la peine de mort*, Bobbio soutient que l'État ne peut pas se mettre au même niveau que l'individu singulier. L'individu agit par colère, passion, intérêt, légitime défense, tandis que l'État répond de manière méditative, réfléchie, rationnelle, même s'il a aussi le devoir de se défendre. Cependant, parce qu'il est beaucoup plus fort que l'individu individuel, il n'a pas besoin de prendre la vie de cet individu pour se défendre : l'État a le privilège du monopole de la force et doit en ressentir toute la responsabilité⁴⁵¹.

On voit donc que l'un des principaux objectifs du garantisme est de contenir l'arbitraire de l'État, une logique particulièrement applicable au domaine dans lequel l'État est le plus enclin à pratiquer l'arbitraire : le droit pénal. Il convient toutefois de noter que cette tâche incombe en grande partie à l'État lui-même, par le biais de l'action des organes du pouvoir exécutif, du ministère public, de l'élaboration de normes par le pouvoir législatif et,

⁴⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 441.

⁴⁵¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 181.

surtout, par le pouvoir judiciaire. Citez, par exemple, le rôle de garant que le juge doit occuper lors de l'enquête policière⁴⁵², ou encore le rôle de gardien de la Constitution du STF.

Or, pourquoi l'État devrait-il contenir son propre pouvoir punitif ? En dehors d'une question de justification étatique, pourquoi les gens devraient-ils accepter un pouvoir illimité ? – il y a aussi un aspect pragmatique : parce qu'il est le seul capable de le faire. L'idée que nous nous faisons de l'État moderne doit beaucoup aux travaux des contractualistes des XVII^e et XVIII^e siècles – Locke, Hobbes et Rousseau. Même si les XIX^e et XX^e siècles nous ont donné des exemples notables de penseurs qui défendent la thèse d'une société capable de s'opposer à l'État⁴⁵³, le garantisme pénal repose sur la conception traditionnelle, dans laquelle les gens renoncent à la liberté inhérente à l'état de nature en échange de la sécurité fournie par l'État. Les références constantes aux textes de Hobbes dans l'œuvre de Ferrajoli⁴⁵⁴ le rendent évident. Pour comprendre ce que serait la puissance de l'État au sein de cette conception, il suffit de citer un extrait de l'ouvrage *Léviathan* :

C'est plus qu'un consentement, ou une concorde, c'est une véritable unité de tous, en une seule et même personne, réalisée par une alliance de chaque homme avec tous les hommes, de telle sorte que c'est comme si chaque homme disait à chaque homme : Je cède et transfère mon droit de me gouverner à cet homme, ou à cette assemblée d'hommes, à condition que vous lui transfériez votre droit en autorisant toutes ses actions de la même manière. Cela fait, la multitude ainsi unie en une seule personne est appelée l'État, en latin *civitas*. C'est la génération de ce grand Léviathan, ou plutôt (pour parler en termes plus respectueux) de ce Dieu mortel, à qui nous devons, sous le Dieu immortel, notre paix et notre défense. Car grâce à cette autorité qui lui est donnée par chaque individu dans l'État, il lui est conféré l'usage d'un pouvoir et d'une force tels que la terreur ainsi inspirée lui permet de conformer les volontés de tous, dans le sens de la paix dans son propre pays, et de son secours mutuel contre les ennemis étrangers⁴⁵⁵.

Il est donc à noter que Hobbes ne parle pas d'une société dans laquelle les individus ne renoncent qu'à une petite partie de leur liberté en échange des avantages fournis par l'État. Le penseur susmentionné défend cependant l'idée d'un État absolu, *tout-puissant*, qui rassemble toutes les forces et tous les pouvoirs des individus qui composent la société.

De ce point de vue, il n'y a pas moyen de parler d'égalité – que ce soit sur le plan matériel ou procédural – entre l'État *tout-puissant* (l'accusation) et l'individu (la défense) et, en fait, il n'y a pas lieu de considérer, dans notre système de procédure pénale, l'égalité entre les parties. Alors qu'en procédure civile, plusieurs auteurs défendent une logique dynamique

⁴⁵² Sur le sujet, l'ouvrage d'Aury Lopes Jr. intitulé *Enquête préliminaire dans les procédures pénales*, dans lequel l'auteur explique le rôle du juge garant.

⁴⁵³ Voir notamment le texte de Henry Thoreau, *La Désobéissance civile*, et l'ouvrage de Pierre Clastres intitulé *La Société contre l'État*.

⁴⁵⁴ Dans le chapitre 8 de l'ouvrage *Droit et Raison seul* (intitulé *Crime. Quand et comment interdire*), d'une quarantaine de pages, Ferrajoli fait dix références à l'œuvre de Hobbes.

⁴⁵⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

de production de preuves – qui a d'ailleurs été incluse dans le texte du Code de procédure civile de 2015⁴⁵⁶ – dans le système procédural pénal garantiste, il est incontestable que la charge de la preuve incombe à l'accusation. L'inégalité au niveau procédural provient directement de l'inégalité au niveau factuel. La logique qui en découle est que l'État tout-puissant serait bien plus capable d'obtenir des preuves que n'importe quel citoyen et, considérant que le droit pénal traite des biens juridiques les plus importants (non seulement par rapport aux victimes, mais aussi à l'égard de l'accusé), c'est précisément dans ce domaine que le pouvoir étatique doit démontrer plus clairement que son action est légitime. De cette manière, la présomption d'innocence des individus et le déplacement de l'ensemble de la charge de l'accusation qui en résulte vers l'État sont justifiés.

6.2. Le contexte national

Nonobstant l'indéniable justesse de ces affirmations, lorsque l'on analyse cette situation dans un pays en voie de développement, comme le Brésil, où la police judiciaire dispose de peu de moyens d'enquête (sans entrer dans le fond de la corruption policière) et où le ministère public, bien que bien mieux équipé, doit faire face à un nombre extrêmement important de poursuites, il est raisonnable de se demander si, pour une partie de la population – soyons clairs, les secteurs économiquement les plus favorisés – cette logique ne finit pas par s'inverser. Les institutions chargées de promouvoir les poursuites sont-elles réellement mieux équipées pour obtenir des preuves dans chaque enquête que n'importe quel citoyen ? N'oubliez pas que les conditions de travail varient considérablement entre les petits et les grands cabinets d'avocats, et qu'ils reçoivent des honoraires élevés, ce qui leur permet de travailler sur un très petit nombre de dossiers⁴⁵⁷, ainsi que les ressources financières dont disposent certains défenseurs leur permettent d'embaucher des spécialistes, tels que des experts et même des enquêteurs privés.

⁴⁵⁶ En ce sens, le § 1 de l'article 373 du CPC 2015 dispose : *§ 1 Dans les cas prévus par la loi ou compte tenu des particularités de l'affaire liées à l'impossibilité ou à la difficulté excessive de s'acquitter de la charge aux termes du caput ou à la plus grande facilité d'obtenir la preuve du fait contraire, le juge peut attribuer la charge de la preuve d'une manière différente, à condition qu'il le fasse au moyen d'une décision motivée, auquel cas il doit donner à la partie la possibilité de s'acquitter de la charge qui lui est attribuée.*

⁴⁵⁷ Ces faits ont été expressément reconnus par le juge Rogerio Schietti Cruz du STJ dans un jugement rendu en 2017, dans le recours spécial n° 1 349 935 – SE, décidé par la procédure de recours répétitif, où il a été déclaré que : *En outre, il ne faut pas négliger un fait évident et perceptible par tous ceux qui ont de l'expérience dans le forum, notamment en droit pénal : on ne peut pas comparer, même de loin, le nombre d'affaires sous la responsabilité d'un membre du ministère public - normalement calculé en centaines ou en milliers - avec celui qui occupe normalement le portefeuille d'un cabinet d'avocats, compté, au plus, en dizaines.*

Ce constat a conduit au développement, ces dernières années, de quelques réflexions dans le sens d'une relativisation des garanties constitutionnelles, notamment en ce qui concerne le droit pénal et le droit procédural pénal. L'une des idées principales qui sous-tendent cette argumentation est constituée par ce que l'on appelle le « garantisme intégral », qui s'oppose, selon ses défenseurs, au « garantisme hyperbolique monoculaire ». Selon cette construction, « la thèse centrale du garantisme est que non seulement les droits fondamentaux (individuels et collectifs) doivent être strictement observés, mais aussi les devoirs fondamentaux (de l'État et des citoyens), prévus par la Constitution ». ⁴⁵⁸

Douglas Fischer, l'un des auteurs qui s'inscrivent dans cette voie, reconnaît que les normes de hiérarchie inférieure et les interprétations judiciaires « ne peuvent pas saper ou restreindre ce qui est déjà (et bien) défini constitutionnellement dans le domaine des droits (et devoirs) fondamentaux ». ⁴⁵⁹ Toutefois, il y est indiqué que c'est le rôle de l'interprète de la Constitution de concilier les commandements constitutionnels relatifs à la protection des citoyens avec les droits garantis aux personnes accusées dans le cadre des affaires criminelles. Pour l'auteur, il ne s'agirait pas d'un déni des principes garantistes de la Constitution, mais seulement d'une lecture « intégrale » du projet constitutionnel : « appelé garantisme positif, ce devoir de protection (qui inclut la sécurité des citoyens) implique l'obligation de l'État, dans les cas où il est nécessaire, approprié et proportionné au sens strict, de restreindre les droits fondamentaux individuels des citoyens ». ⁴⁶⁰

Ainsi, le « garantisme hyperbolique monoculaire » serait, pour ces auteurs, une vision déformée de la théorie du garantisme de Luigi Ferrajoli. Ce serait *hyperbolique* parce qu'il surévalue la protection de l'accusé et *monoculaire* parce qu'il analyse cela de manière isolée, sans tenir compte des droits des autres citoyens. Toutefois, en ce qui concerne ces derniers, l'accent n'est pas mis sur les droits sociaux dans leur ensemble, qui visent à ce que l'État agisse effectivement pour créer des conditions dignes du plein épanouissement des individus. En fait, il y a une défense presque exclusive du droit à la sécurité.

⁴⁵⁸ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 68.

⁴⁵⁹ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 68.

⁴⁶⁰ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 78.

Il y a plusieurs fois dans le texte de Fischer la mention générique de la nécessité de respecter les droits sociaux – et pas seulement les droits individuels. Mais, lorsqu'il s'agit d'expliquer ce que signifierait la défense des droits sociaux, la référence à ceux-ci se transforme immédiatement en un argument lié uniquement à la nécessité de préserver la sécurité publique et de punir les responsables des crimes présumés. L'extrait suivant est un exemple en ce sens :

Dans notre compréhension (intégrale) des postulats garantistes, l'État doit tenir compte du fait que, dans l'application des droits fondamentaux (individuels et sociaux), il est nécessaire de garantir également l'efficacité et la sécurité du citoyen. À ce stade du syllogisme, il convient de noter que, également en tant qu'impératif constitutionnel (art. 144, caput, FC), le devoir d'assurer la sécurité (qui se déploie en droits subjectifs individuels et collectifs) n'est pas seulement d'éviter un comportement criminel qui affecte les droits fondamentaux des tiers, mais aussi d'enquêter en bonne et due forme (en ce qui concerne les droits de la personne faisant l'objet de l'enquête ou des poursuites) sur l'acte illégal et, le cas échéant, la sanction de la personne responsable.⁴⁶¹

Cependant, la préservation des droits sociaux dépasse largement la logique de la sécurité publique. Les droits sociaux – généralement identifiés comme des droits fondamentaux de la deuxième génération ou de la deuxième dimension – font référence aux avantages positifs de l'État pour les citoyens, tels que l'éducation, la santé et le logement. Il est tout à fait défendable que l'État ne devrait pas être centrée uniquement sur une logique de protection des droits individuels et que ces actions de l'État en faveur des citoyens peuvent également avoir un effet bénéfique par rapport au phénomène de la criminalité, puisqu'ils formeraient un coussin social capable d'atténuer l'une des causes de cette criminalité, qui est la marginalisation. Cependant, la nécessité d'accorder une attention particulière aux droits sociaux ne peut pas se transformer en une défense du seul droit à la sécurité publique, en particulier lorsque cette supposée augmentation de la sécurité inclut la restriction des droits individuels de l'accusé.

D'après ce qui a été dit jusqu'à présent, il est tout à fait clair que le « garantisme intégrale », dans le sens exposé ci-dessus, diffère sensiblement de ce qui est défendu dans la présente thèse. Entre autres facteurs, il y a la loi du plus faible susmentionnée, énoncée par Ferrajoli, qui explique pourquoi, tout en occupant la position d'accusé, les droits de l'individu criminalisé doivent prévaloir sur toute généralisation liée à la sécurité publique. Il faut se

⁴⁶¹ FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Integral?. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77>. Acesso em: 25 jun. 2025.

rappeler, encore une fois, que plusieurs des accusés ne sont pas coupables, ce qui renforce la nécessité de protéger ces individus, afin de minimiser les chances de condamnation de personnes innocentes. Il y a aussi le simple fait que nous avons la troisième plus grande population carcérale au monde, avec plus de 663 000 prisonniers dans des cellules physiques et environ 105 000 personnes sous surveillance électronique – une partie considérable de ces prisons étant préventives – ce qui rend difficile de parler, de manière générique, d'un « excès de garanties » au Brésil.⁴⁶²

Cependant, il y a un terrain d'entente. Dans ce travail, ainsi que parmi les défenseurs du soi-disant « garantisme intégrale », il y a la reconnaissance qu'il y a un dysfonctionnement dans la pratique du garantisme pénale dans notre pays. Mais il n'y a pas moyen de critiquer notre système pénal sans s'attaquer à l'une des caractéristiques les plus frappantes de notre société : l'inégalité. C'est, au Brésil, si important que nous avons pratiquement un pays divisé en deux⁴⁶³. Il est évident qu'un tel attribut se reflète nécessairement dans le droit pénal, créant également deux systèmes de justice. C'est pourquoi toute analyse qui ne tient pas compte de cet aspect finit par devenir incomplète, voire caricaturale : soit elle conçoit un système garantiste, mais avec des centaines de milliers de prisonniers dans des conditions terribles, soit un système médiéval qui parvient, en même temps, à fonder une partie de ses décisions – et même de sa législation – sur certaines des réflexions théoriques les plus avancées produites dans le monde.

Il s'agit en fait de la plus grande distorsion de la logique du droit pénal et de la procédure pénale dans notre pays. Les garanties, en particulier celles de nature procédurale, ont peu de valeur pour ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes pour payer les honoraires de professionnels (très) qualifiés. La plupart des accusés sont servis par des avocats mal préparés ou par le bureau du défenseur public, qui, comparé aux grands cabinets d'avocats ou même au ministère public, a une structure précaire. La grande inégalité sociale, qui a été l'une des caractéristiques de notre société tout au long de l'histoire du Brésil post-

⁴⁶² Données publiées par l'Enquête nationale d'information pénitentiaire d'octobre 2024. Selon cette enquête, le nombre total de détenus au Brésil est de 663 906 en cellule physique, ceux qui, indépendamment de leurs sorties pour le travail et les études, dorment en prison. Par rapport à l'étude précédente, on a également constaté une augmentation du nombre de détenus sous surveillance électronique : 105 104. La population assignée à résidence, qui n'utilise pas de bracelet électronique, a augmenté de 14,40 %, passant de 100 433 en décembre 2023 à 115 117 en juin 2024. Disponible sur <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-primeiro-semester-de-2024>>, consulté le 05/11/2020.

⁴⁶³ Des expressions comme Belíndia et Dinamália ont été utilisées pour définir le Brésil, un pays qui possède à la fois une société avancée et une société pauvre, un mélange de Belgique et d'Inde ou de Danemark et de Somalie.

découverte, entretient une relation dialectique avec l'accès précaire à la justice pour une grande partie de la population. Gizlene Neder nous rappelle que « l'autoritarisme a toujours été présent dans les rapports sociaux fondamentaux de la formation historique brésilienne ».⁴⁶⁴ Dans une société fortement stratifiée, où l'accès à la culture, à l'éducation et aux biens de consommation n'a toujours été largement accessible qu'à une petite partie des citoyens, l'accès à la justice reflète également l'inégalité et la tradition autoritaire de notre peuple.

Il convient de noter que, dans le cadre des valeurs d'un pays profondément marqué par la mentalité et les structures sociales érigées pendant la période de l'esclavage, la notion d'ordre prend plus de place que celle de justice, avec la prédominance d'une attente d'obéissance passive⁴⁶⁵. En d'autres termes, le système pénal structuré au Brésil a servi d'instrument pour maintenir le *status quo*. Il convient de souligner, non seulement le maintien de l'ordre public, comme dans tout système pénal, mais le maintien des structures d'une société extrêmement inégalitaire, les garanties pénales ayant trouvé leur place dans cette logique.

6.3 Le garantisme pénal dans le système judiciaire brésilien

Bien que la différence de traitement des personnes soumises au système pénal dans notre pays, selon leur niveau social, circule dans l'imaginaire populaire⁴⁶⁶, sa démonstration pratique n'est pas simple. N'oubliez pas que la plupart des affaires pénales sont traitées avec différents niveaux de confidentialité, ainsi que tout document concernant la situation financière des individus, comme les documents fiscaux et les informations bancaires. Il est important de souligner que toutes les difficultés mentionnées ci-dessus concernant l'analyse de l'activisme judiciaire sont toujours présentes, telles que le grand nombre de décisions rendues et la nécessité d'une analyse individuelle des motifs afin de démontrer une éventuelle distorsion dans l'utilisation des bases théoriques du garantisme pénal. En fait, la question du secret est la principale raison qui a fait que plusieurs des procès analysés ici font référence à des cas de grande répercussion dans les médias, ce qui facilite grandement l'accès aux éléments factuels liés à ces événements.

⁴⁶⁴ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. 2. ed. Niterói: Eduff, 2012, p. 72.

⁴⁶⁵ NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 194.

⁴⁶⁶ Des maximes largement répandues telles que « seuls les pauvres vont en prison » démontrent que le traitement différentiel dont bénéficient les secteurs les plus riches fait partie de l'imaginaire populaire.

Le premier cas à mentionner est précisément un événement qui a eu une grande répercussion nationale, au début de l'année 2024, lié à un accident de la circulation dans la ville de São Paulo impliquant le conducteur d'une Porsche et un conducteur d'application, ce dernier étant décédé.⁴⁶⁷ Des témoins ont déclaré à la police que le conducteur de la Porsche a dépassé à grande vitesse – un expert entendu dans l'un des rapports publiés a dit, sur la base des images de l'accident, que la Porsche roulait à plus de 130 km/h, et que la vitesse maximale sur cette route est de 50 km/h –, a perdu le contrôle du véhicule et est entré en collision avec l'arrière de l'autre voiture. Le conducteur de l'application a été emmené à l'hôpital par les pompiers, mais n'a pas survécu à ses blessures. Il est arrivé à l'hôpital mais a subi un arrêt cardiorespiratoire et sa mort – selon le médecin qui l'a soigné – est survenue à cause de multiples traumatismes.

Même si le conducteur de la Porsche présentait des signes évidents d'ivresse, comme le démontrent les images diffusées par la suite, il a été relâché par la police, sans même qu'un test d'alcoolémie n'ait été effectué⁴⁶⁸. La mère du conducteur de la Porsche a informé la police qu'elle emmènerait son fils à l'hôpital en raison de la légère blessure qu'il avait dans la région de la bouche, arguant qu'il s'était cogné le visage au moment de l'accident et qu'il devait subir des tests pour déterminer si sa blessure était grave. Cependant, comme il a été démontré par la suite, il n'a été emmené dans aucun hôpital.

Les autorités de police et le ministère public ont successivement demandé la détention préventive du conducteur jusqu'à ce que la Cour de justice de l'État de São Paulo ordonne effectivement sa détention. Sans entrer dans le fond de l'importance de la répercussion de l'affaire au cours des semaines qui ont suivi l'accident pour que la demande de détention préventive soit accordée, il s'agit ici d'analyser l'une des premières décisions rendues, dans laquelle la demande de détention préventive a, à l'époque, été rejetée. Le juge qui a rendu la décision a déclaré que la police civile n'avait pas démontré les exigences légales

⁴⁶⁷ Ainda que o feito corresse sob sigilo, alguns órgãos de imprensa tiveram acesso às decisões e foram feitas diversas reportagens sobre o fato no período imediatamente posterior ao acidente, sendo que as informações aqui citadas são oriundas dessas apurações jornalísticas. Podemos citar, nesse sentido, <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/04/01/justica-advogada-caso-porsche.htm>>, <<https://revistaoeste.com/brasil/juiza-que-liberou-condutor-do-porsche-manteve-presos-ladrao-de-desodorante/>>, <<https://iclnoticias.com.br/juiza-que-livrou-dono-de-porsche/>>, <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/04/03/caso-porsche-decisao-juiza-negou-prisao-motorista.htm>>, <<https://www.poder360.com.br/justica/justica-nega-prisao-preventiva-a-motorista-de-porsche-pela-3a-vez/>>, acesso em 21/04/2025.

⁴⁶⁸ No Brasil, o motorista não é obrigado a realizar esse exame, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Todavia, as outras evidências encontradas no momento do acidente, como indícios visíveis de embriaguez, podem levar à prisão em flagrante do motorista. Nada disso aconteceu no caso.

nécessaires pour que la mesure soit déterminée, affirmant également que le « tollé public » ne suffirait pas à décréter l'arrestation. Le juge aurait déclaré que « le fait de fuir les lieux de l'accident, sans aucun doute, rend les faits plus graves [...], mais il ne suffit pas, à ce moment prématuré de l'enquête, d'attester de l'existence d'une preuve d'intention ».

Ce qui est frappant, c'est que ce même magistrat, dans une autre affaire, a eu une approche très différente. Il ne s'agissait donc pas d'un accident de la circulation, mais d'un vol, commis par une personne en situation de vulnérabilité sociale. L'affaire s'est déroulée en août 2022, dans un supermarché de São Paulo. Un homme de 21 ans a été surpris par les agents de sécurité de l'établissement alors qu'il tentait de prendre trois bouteilles d'alcool et deux déodorants, d'une valeur combinée de 89,95 R\$ (quatre-vingt-neuf reais et quatre-vingt-quinze cents). Les objets étaient cachés sous sa chemise. Selon les rapports, l'homme, lorsqu'il a été approché, aurait proféré des menaces et jeté une bouteille sur un agent de sécurité. Ces faits ont été niés par le défenseur public, arguant qu'aucun examen médico-légal n'avait été effectué sur l'agent de sécurité de l'établissement et que les blessures alléguées n'ont pas été confirmées, ainsi que l'accusé « a nié avoir agressé l'agent de sécurité ou jeté une bouteille. L'agent de sécurité était grand, alors qu'il est mince. L'accusé s'est blessé à la bouche, au bras, à la jambe et au ventre.. L'agent de sécurité s'est blessé au bras alors qu'il le frappait. Il a également nié l'avoir menacé. Les objets ont été récupérés et l'homme a été emmené au poste de police, où il a déclaré qu'il travaillait comme laveur, qu'il avait une adresse fixe, mais qu'il était au chômage et qu'il consommait du crack.

Dans cette affaire, le même juge – arguant également que l'homme avait déjà été condamné auparavant – a décidé que l'accusé devait rester incarcéré au cours de la procédure, et, en fin de compte, a considéré que le vol de biens avec usage de la violence était suffisamment prouvé, condamnant le défendeur pour vol qualifié à une peine très sévère, compte tenu du contexte, de 5 ans, 5 mois et 10 jours de prison. On voit donc que le magistrat a adopté une position très différente dans les deux affaires. Dans le cas du conducteur de la Porsche, le doute militait en faveur de l'accusé et tous les faits qui n'ont pas été correctement prouvés n'ont pas été considérés comme justifiant une décision contre l'accusé. Dans le cas du vol de boissons et de déodorants, les allégations portées contre l'accusé étaient suffisantes à la fois pour le maintien de la détention préventive et pour la condamnation. Il est inutile de rappeler que, dans le premier cas, il s'agissait d'un homme d'affaires qui conduisait une voiture d'une valeur de plus d'un million de reais. Dans le second, un homme en situation de vulnérabilité sociale défendu par le bureau du défenseur public était jugé.

La grande disparité entre les décisions rendues par le pouvoir judiciaire dans notre pays montre déjà que les garanties constitutionnelles sont loin d'être garanties uniformément à tous les accusés. On peut citer à titre d'exemple les divergences entre les décisions rendues par les chambres pénales de la Cour de justice de Rio Grande do Sul (TJ-RS) en ce qui concerne l'application du principe de l'insignifiance – une cause d'exclusion de typicité qui conduit à l'acquittement de l'accusé. Une recherche jurisprudentielle sur le site web du TJ-RS est en mesure de le démontrer. Cependant, quelques éclaircissements sont nécessaires concernant les recherches menées. Les limites de temps de la recherche ont été choisies en raison de la formation de la 5e Chambre pénale à cette époque, et il est de notoriété publique que ses membres étaient caractérisés par un grand souci de la protection des droits individuels des accusés. Cela ne veut pas dire, bien sûr, qu'ils étaient les seuls magistrats ayant ce profil à exercer la profession au Brésil ou dans le Rio Grande do Sul, mais la formation plus hétérogène des organes collégiaux – qui se produit généralement dans les tribunaux – finit par masquer les grandes différences entre les jugements d'un même organe collégial au fil du temps. Ces différences existent sans doute, mais elles sont plus difficilement détectées dans une recherche jurimétrique.

Ainsi, après avoir consulté les trente derniers jugements se référant aux cinquième et septième chambres pénales de la juridiction susmentionnée jusqu'au délai fixé, relatif à l'application du principe de l'insignifiance en ce qui concerne le crime de vol⁴⁶⁹, le résultat obtenu a été que, dans la 5e chambre pénale, dans 24 arrêts, l'applicabilité du principe de l'insignifiance au cas d'espèce a été reconnue, tandis que dans 6 arrêts, il a été convenu que le principe susmentionné ne devait pas être appliqué. En ce qui concerne la 7e chambre criminelle, aucun des trente jugements consultés n'a reconnu l'applicabilité du principe susmentionné.

Cet écart pourrait n'être que le résultat d'une coïncidence, puisque les affaires analysées par les organes collégiaux de la cour susmentionnée ne sont évidemment pas identiques. Il aurait donc pu arriver que, dans les trente derniers jugements publiés, les affaires analysées par la 7e chambre pénale portaient sur des crimes plus graves que celles se référant aux jugements rendus par la 5e chambre. Cependant, l'analyse critique et détaillée de certains jugements démontre le contraire.

Le jugement relatif à l'affaire n° 70048499164 a reçu le résumé suivant :

⁴⁶⁹ Pesquisa realizada com os termos “insignificância” e “furto”, no site do TJRS referente a 08/08/2012. Frise-se que a data limite relaciona-se à composição da 5ª Câmara Criminal do TJRS, que pouco tempo depois foi substancialmente alterada.

APPEL PÉNAL. CRIMES CONTRE LES BIENS. VOL. PRINCIPE DE L'INSIGNIFIANCE. NON-PERTINENCE. CONdamnATION CONFIRMÉE. SANCTIONS REDIMENSIONNÉES. Les éléments de conviction recueillis au cours de l'enquête démontrent la matérialité et la paternité du crime de vol simple. L'acquittement fondé sur l'incidence du principe d'insignifiance n'est pas réalisable, étant donné que les objets volés ont été évalués à un montant équivalant à 25 % de la valeur du salaire minimum en vigueur au moment des faits. De même, le défendeur est un récidiviste dans divers crimes. De telles informations, analysées ensemble, ne permettent pas l'application du principe. Pénalités redimensionnées. POURVOI PARTIELLEMENT ACCUEILLI. (Pourvoi pénal n° 70048499164, septième chambre pénale, Cour de justice de la Republika Srpska, rapporteur : Naele Ochoa Piazzeta, jugé le 19/07/2012) Date de l'arrêt : 19/07/2012 Publication : Diário da Justiça le 25/07/2012).⁴⁷⁰

Le rapport de la décision susmentionnée montre également que la personne condamnée a volé des biens dans un supermarché, ce qui, au total, s'est élevé à 138,53 R\$ (cent trente-huit reais et cinquante-trois cents), selon le rapport d'évaluation, et que les objets volés ont été saisis et restitués à la victime. À son tour, le jugement rendu par la 5e chambre pénale du TJ-RS dans l'affaire n° 70044378354 a reçu le résumé suivant :

VOL. PRINCIPE DE L'INSIGNIFIANCE. ACQUITTEMENT. La valeur des biens volés, d'une valeur de 180,00 R\$, la restitution de la « res furtivae » à la victime, qui n'a subi aucun dommage, et la faible répercussion sociale du crime, compte tenu des conséquences de la condamnation pour la vie de l'accusé, conduisent à la conviction que l'insignifiance doit être acceptée comme fondement de l'acquittement de l'accusé, sur la base de l'article 386, point III du Code de procédure pénale. APPEL DÉFENSIF ACCUEILLI. (Procès n° 70044378354, Cinquième chambre pénale, Cour de justice de RS, Rapporteur : Genacéia da Silva Alberton, Jugé le 07/04/2012).⁴⁷¹

En d'autres termes, dans les deux cas, les produits de la criminalité ont été restitués à la victime, et les crimes ont, en fait, des caractéristiques très similaires. Toutefois, dans l'affaire jugée par la 5e chambre criminelle, la valeur des biens volés était supérieure à la valeur des biens visés dans l'affaire tranchée par la 7e chambre et, malgré cela, la première

⁴⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime n° 70048499164. Naele Ochoa Piazzeta. DJ 19/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70048499164&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 30/07/2023.

⁴⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime n° 70044378354. Relator: Genacéia da Silva Alberton. DJ 04/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70044378354&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 02/10/2023.

s'est prononcée sur l'applicabilité du principe de l'insignifiance tandis que la seconde a compris que son application était irréalisable.

De même, dans l'affaire n° 70048707111, la 7e chambre pénale a compris que : « Le principe de l'insignifiance ne peut être appliqué à l'affaire en question, puisque le bien volé a été évalué à un montant qui ne peut être compris comme négligeable ou dérisoire ». L'analyse du rapport de jugement révèle que des marchandises ont été volées dans un supermarché, d'un montant de 150,00 R\$ (cent cinquante reais), ainsi que le produit du crime a été saisi par la brigade militaire et restitué à la victime. La 5e chambre criminelle, en revanche, a expliqué, dans l'arrêt relatif à l'affaire n° 70049438658, une compréhension au sens d'être absent : « la nocivité du comportement décrit dans la plainte, étant donné que, combinée à la valeur inoffensive des biens volés, elle conforte la conclusion de la reconnaissance du principe de l'insignifiance en raison de l'atypicité de l'action de l'appelant ». En l'espèce, selon le rapport établi par le juge rapporteur, des marchandises ont été volées dans un établissement commercial, d'une valeur de 250,00 R\$ (deux cent cinquante reais), qui a ensuite été saisie et restituée à son propriétaire. Là encore, il est clair que les faits analysés sont très similaires et que la valeur des biens volés est inférieure dans l'affaire jugée par la 7ème chambre criminelle. Cependant, une fois de plus, seule la 5e chambre criminelle a reconnu l'applicabilité du principe de l'insignifiance.

Il est donc clair que la différence ne réside pas dans les caractéristiques des affaires jugées, mais dans la ligne suivie par les juges, ce qui a fait que la 7e chambre pénale de la Cour de justice de Rio Grande do Sul n'a reconnu la possibilité d'appliquer le principe de l'insignifiance dans aucun des trente arrêts consultés, tandis que la 5e chambre a compris l'applicabilité de ce principe dans 24 affaires, c'est-à-dire 80 % des cas analysés.

Même si cette disparité n'a, en principe, aucun rapport avec la situation financière des accusés impliqués dans la procédure, il est nécessaire de rappeler que la plupart des questions liées au droit pénal au Brésil ont des implications constitutionnelles, ce qui permet, en théorie, le dépôt de recours et d'autres formes de contestation même devant le STF. Cependant, les règles de procédure en vigueur, présentes dans la législation ou dans le règlement intérieur des tribunaux, créent une série d'obstacles à l'accès aux tribunaux supérieurs – pour des raisons évidentes, puisqu'il leur serait impossible d'analyser toutes les affaires en cours dans le pays – uniquement surmontés, en règle générale, par des avocats qualifiés ayant un bon transit dans les tribunaux respectifs.

Ainsi, même s'il n'y a pas, dans un premier temps, de lien entre la situation financière des défendeurs et la différence de traitement qui leur est accordée – comme c'est

probablement le cas dans l'exemple cité ci-dessus –, l'accès restreint aux juridictions supérieures, qui pourrait garantir le respect des garanties constitutionnelles des défendeurs, fait que seule une petite partie des défendeurs ont, en fait, leurs droits fondamentaux garantis.

Une autre façon de démontrer la différence de traitement dont ont fait l'objet certains accusés est l'analyse des décisions, rendues par les juridictions nationales, qui s'écartent de leur ligne jurisprudentielle. Un exemple intéressant est le cas des infractions sociétaires ou des crimes d'auteur collectif. Pendant longtemps, la jurisprudence du Tribunal fédéral régional de la 4^e région a été pacifique dans le sens où, dans ce type de crime, il n'est pas nécessaire de fournir une description détaillée de chacun des accusés dans la plainte. À cet égard, il convient de citer l'extrait suivant du résumé de l'*habeas corpus* n° 2007.04.00.017910-9 : « Dans les infractions sociétaires, il n'est pas nécessaire d'avoir une description détaillée du comportement de chacun des accusés », ⁴⁷² ou encore l'extrait suivant, tiré du résumé de l'appel pénal n° 2002.70.03.000849-8 : « la jurisprudence est incontestée en ce sens que, dans les délits sociétaires ou les délits d'auteur collectif, il n'est pas nécessaire que la plainte décrive en détail le comportement de chacun des accusés ». ⁴⁷³ Dans le même ordre d'idées, par exemple, les jugements rendus dans ACR 5016537-37.2010.404.7000, septième panel, D.E. 01/06/2012 ; dans ACR 0003783-45.2001.4.04.7201, huitième panel, D.E. 05/03/2016 ; et dans ACR 0001903-59.2008.4.04.7205, huitième panel, D.E. 23/06/2016.

Cependant, dans l'*Habeas Corpus* n° 0005475-02.2011.404.0000, rapportée par le même juge de l'*habeas corpus* et de l'appel pénal dont les extraits ont été cités ci-dessus, une décision a été rendue dans les termes suivants :

Dans le cas d'une fraude fiscale présumée, la poursuite doit décrire les éléments objectifs et subjectifs de la pratique criminelle. Il est nécessaire de définir, sur la base d'éléments solides, la véritable position de ceux qui sont censés être accusés, surtout dans cette affaire, où sont impliquées des sociétés commerciales dotées d'un cadre administratif notoirement complexe. ⁴⁷⁴

⁴⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região – Habeas Corpus n° 2007.04.00.017910-9. Relator: Luiz Fernando Wolk Penteado. D.E. 09/04/2008. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1785031. Acesso em 30/07/2023.

⁴⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região – Apelação Criminal n° 2002.70.03.000849-8. Relator: Luiz Fernando Wolk Penteado. D.E. 18/04/2007. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1427923. Acesso em 30/07/2023.

⁴⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região – Habeas Corpus n° 0005475-02.2011.404.0000. Relator: Luiz Fernando Wolk Penteado. D.E. 13/09/2011. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244169. Acesso em 30/07/2023.

Il est clair que, dans cette affaire, dont les accusés étaient défendus par un cabinet d'avocats renommé de l'État de Santa Catarina, l'interprétation appliquée était complètement différente de celle présentée dans les affaires précédentes. Inutile de dire que l'obtention d'une décision qui s'oppose à l'entente qui avait déjà été et continue d'être adoptée par le Tribunal régional fédéral de la 4^e région a certainement nécessité une grande habileté de la part de l'avocat des accusés pour exposer les faits.

Il est important de souligner, à ce stade, qu'il n'y a pas de problème dans l'utilisation de tous les moyens juridiques par les grands cabinets dans la défense de leurs clients. En fait, il serait illogique de penser le contraire. Le problème n'est pas, comme mentionné précédemment, dans l'efficacité de l'exercice de ces professions, mais dans le fait que peu d'accusés ont accès à ce type de défense, qui est extrêmement qualifié, ce qui implique une différence significative dans la manière dont sont traités les personnes faisant l'objet de poursuites pénales au Brésil – générant, comme on le verra ci-dessous, d'importantes conséquences sociales.

Cependant, c'est dans les cas de grandes répercussions que le manque de cohérence de notre système punitif devient plus évident. Alors que des personnes sont toujours arrêtées et condamnées pour vol de denrées alimentaires, les preuves obtenues lors d'opérations majeures de la police fédérale sont annulées pour de simples irrégularités, laissant les personnes impliquées sans aucune punition.

Il ne faut pas croire, cependant, qu'il s'agit d'un cas isolé. En fait, la plupart des affaires mentionnées ci-dessus, dans lesquelles la septième chambre pénale de la Cour de justice de Rio Grande do Sul a compris que l'application du principe de l'insignifiance n'était pas justifiée, se rapportent à des vols mineurs. Dans l'un, seuls quelques déodorants et barres de chocolat ont été pris.

D'autre part, toutes les preuves produites dans le cadre de l'opération Satiagraha, menée par la police fédérale, ont été annulées par le STJ, en raison de la « participation inappropriée, manifestement illégale et abusive d'ABIN ». Le rapporteur de l'habeas corpus n° 149250/SP ajoute également : « Il n'est pas question de partage de données entre l'ABIN et la police fédérale, étant donné que l'hypothèse des registres ne relève pas des exceptions prévues par la loi n° 9.883/99 ».⁴⁷⁵ Cette décision est encore plus étrange lorsqu'elle est analysée en

⁴⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus n° 149250/SP. Relator: Adilson Vieira Macabu. DJe 05/09/2011. Disponível em

parallèle avec d'autres, également rendues par le même organe collégial, la cinquième chambre du STJ. En ce sens, il convient de citer le point suivant :

PROCÉDURE PÉNALE. ADMISSION DE L'ASSISTANT À L'ACCUSATION. SOMMATION À PARTICIPER AU PROCESSUS. ABSENCE. ACTES D'INSTRUCTION ACCOMPLIS PAR UN ASSISTANT DISSOUS EN VERTU DE LA SURVENANCE D'UN NOUVEAU MANDAT. NULLITÉ. ALLÉGATION. AUCUN PRÉJUDICE POUR LA DÉFENSE. POURVOI REJETÉ. 1. L'absence d'admission ou de convocation du nouvel assistant à l'accusation pour participer au procès, ainsi que la présence de l'ancien assistant dans les actes de procédure, n'ont causé aucun préjudice à la défense, de sorte qu'il n'est pas prudent d'annuler l'action pénale en raison d'une simple irrégularité. 2. Même en considérant que le vice susmentionné a causé un dommage, celui-ci s'est produit par rapport à l'accusation elle-même, et il n'appartient pas à la défense de l'argumenter, comme le prévoit l'article 565 du Code de procédure pénale. 3. Pourvoi régimentaire rejeté.⁴⁷⁶

Il est également nécessaire de mentionner un extrait du rapport faisant référence à la décision susmentionnée :

Selon le pétitionnaire, la décision attaquée a commis une erreur en rejetant son recours spécial, étant donné que l'assistante de l'accusation, l'avocate Nara Rúbia, même après avoir remplacé l'assistante précédente, n'aurait accompli aucun acte au cours de la procédure. De cette façon, les actes dans lesquels il y a eu intervention de l'assistant de l'accusation déjà disqualifié, l'avocat João Estrela e Silva, tels que les audiences d'instruction, seraient absolument viciés.

En d'autres termes, le même organe qui a compris que la participation d'un avocat remplaçant déjà révoqué à plusieurs actes de procédure était une simple irrégularité, y compris les audiences d'instruction – ayant donc participé directement à la production des preuves au cours du procès – a considéré comme « manifestement illégale et abusive » la simple participation d'agents de l'ABIN lors de la phase d'enquête policière, pendant l'opération Satiagraha, un fait susceptible d'entraîner la nullité de tous les éléments de preuve produits lors de ladite opération. Rappelez-vous que l'un des principaux enquêtés dans l'opération Satiagraha était le banquier Daniel Dantas, qui était défendu par Andrei Zenkner Schmidt.

Dans un article intitulé *Préventionnisme vs. humanitarisme : une perspective systémique et culturelle du droit pénal*, Andrei Schmidt dit qu'une analyse impartiale de

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901925658&dt_publicacao=05/09/2011
. Acesso em 30/07/2023.

⁴⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 941940 / PB. Relator: JORGE MUSSI. DJe 16/11/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700841625&dt_publicacao=16/11/2010
. Acesso em 30/07/2023.

l'intervention criminelle révèle que le droit pénal est un système voué à l'inefficacité, car si les lois pénales étaient réellement appliquées à tous les faits qui correspondent au type criminel, la majeure partie de la population serait condamnée pénalement plusieurs fois par an. Il conclut donc que « le droit pénal choisit arbitrairement ses victimes, révélant ainsi la distinction claire entre être un criminel et être criminalisé : ceux qui peuvent faire le plus s'inscrivent dans le premier groupe ; qui peut faire moins, dans la seconde ». ⁴⁷⁷

En fait, c'est précisément la logique énoncée par l'auteur – celle de la sélectivité du système pénal – que l'on voit se matérialiser dans le cas concret.

Une autre affaire qui a acquis une grande notoriété est l'annulation de la « réception de la plainte » ⁴⁷⁸ dans l'action pénale n° 2009.61.81.006881-7, également par le STJ, pour avoir considéré comme invalides les preuves produites lors de l'opération de la police fédérale intitulée « Château de sable », qui impliquait les noms de plusieurs membres du Congrès brésilien. La décision rendue par le STJ a été la suivante :

HABEAS CORPUS. « OPÉRATION CHÂTEAU DE SABLE ». PLAINTÉ ANONYME NON SOUMISE À L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE. DÉCONNEXION DES RAISONS DÉTERMINANTES DE LA MESURE. VIOLATION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES DONNÉES. OFFENSE AUX GARANTIES CONSTITUTIONNELLES. PROCÉDURE FORMELLE D'EXAMEN. NÉCESSITÉ DE PROUVER DES RAISONS VALABLES. RECHERCHE DE DONNÉES GÉNÉRIQUES. Les garanties de la procédure pénale inscrites dans la Constitution fédérale ne tolèrent pas le vice de l'illégalité, même s'il est produit dans la phase embryonnaire de la poursuite pénale. La plainte anonyme, telle que bien définie par la pensée de cette Cour, peut donner lieu à des procédures d'enquête sur un crime, à condition que des enquêtes préliminaires soient menées et que les limites imposées par les droits fondamentaux du citoyen soient respectées, ce qui conduit à considérer qu'il est inapproprié de mettre en œuvre des mesures coercitives absolument génériques et envahissantes à l'intimité fondées uniquement sur cet élément d'indication de la pratique criminelle. L'exigence de motivation des décisions judiciaires, contenue dans l'article 93, IX, du CR, n'est pas compatible avec une justification transversale, utilisée uniquement comme un moyen de toucher à la vérité réelle et de confondre la défense de l'enquêté, même si, par la suite, elle était censée être imprégnée des meilleurs sentiments de protection sociale. Une fois vérifiée l'incongruité de la motivation de l'acte judiciaire accordant une mesure conservatoire, en l'espèce, de violation de la confidentialité des données, le jugement de proportionnalité qui y est prévu comme garantie de la primauté de la sécurité sociale sur la primauté de la protection des droits individuels semble inopportun. Ordonnance rendue en partie, d'annuler la réception de la plainte de l'action pénale n° 2009.61.81.006881-7. ⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Prevençionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal*. Revista de Estudos Criminais, a. 4, n. 14, 2004, p. 151.

⁴⁷⁸ Il n'existe pas de correspondance exacte avec cet acte en droit français, mais l'acte le plus proche est peut-être la mise en examen.

⁴⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus n° 137349 / SP. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. DJe 30/05/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901010385&dt_publicacao=30/05/2011. Acesso em 30/07/2023.

Le résumé transcrit ci-dessus se réfère au jugement conjoint de deux *habeas corpus*. Le premier est le n° 137.349/SP, et a été déposée le 27/05/2009 par les avocats Alberto Zacharias Toron, Carla Vanessa T. H. de Domenico et Claudia Maria Bernasconi, avec contre le juge du Tribunal régional fédéral de la 3ème région, rapporteur du HC n° 2009.03.00.014446-1. Le deuxième *habeas corpus*, HC n° 159.159/SP, dans lequel le secret des registres a été demandé et décrété, a été déposé par les avocats Celso Sanchez Vilardi et Luciano Quintanilha de Almeida et enregistré sous le n° 159.159/SP.

Malgré le contenu de la décision, résumé ci-dessus, il convient de souligner que, lors de l'analyse de la demande de référé du HC n° 137,349/SP, il a été noté que :

Je vérifie, dans ce contexte, que la décision qui a accordé la violation du secret téléphonique s'est effectivement limitée aux données téléphoniques, ce qui ne doit pas être confondu avec l'inviolabilité des communications téléphoniques. J'insiste sur le fait que la décision est exprimée en ce sens qu'elle détermine que les téléphonistes doivent fournir des mots de passe pour permettre aux agents fédéraux d'accéder à leurs bases de données et d'obtenir des données relatives à l'inscription des abonnés et des utilisateurs. Il convient également de noter que les éléments à l'appui du début des interceptions téléphoniques ne se limitent pas à la plainte anonyme, comme les plaignants voudraient nous le faire croire. En fait, je déduis du compte rendu que, outre la plainte anonyme, la procédure d'interception téléphonique est également basée sur des éléments de preuve obtenus lors d'enquêtes préliminaires menées par le Département de la police fédérale.

Toutefois, au moment de la décision finale, le rapporteur a préféré ignorer ces informations, estimant insuffisants les motifs présentés par le juge de première instance et affirmant l'invalidité de tous les éléments de preuve recueillis dans le cadre de la violation du secret téléphonique. Il convient de noter que la première mesure autorisée par la justice n'a même pas été l'interception des communications téléphoniques de l'enquêteur, mais seulement la relativisation de la confidentialité des données téléphoniques, déjà fondée sur d'autres éléments de preuve recueillis par l'autorité de police, à partir desquels des preuves ont été obtenues qui, avec d'autres preuves, ont servi de base à l'autorisation des interceptions téléphoniques.

Bien que les cas susmentionnés aient eu un impact très important sur les décisions, ils ne constituent pas des cas isolés. Des jugements récents démontrent la persistance de cette même approche au sein de la cour susmentionnée. Un exemple important à citer est l'appel ordinaire en Habeas Corpus 184.003-SP.

Il s'agit d'un procès lié à l'opération Monte-Cristo, qui enquêtait sur des fraudes impliquant des groupes d'entreprises responsables de la distribution de médicaments à l'État et

au commerce de détail – des chaînes de pharmacies – des groupes ayant bénéficié de stratagèmes d'évasion fiscale et d'autres crimes. Les enquêteurs ont estimé que le système mis en place avait causé une perte au Trésor de l'État de São Paulo et au Trésor fédéral d'environ dix milliards de reais sur une période de six ans. L'opération a bénéficié de la participation de 160 agents de l'impôt sur le revenu de l'État de São Paulo, en plus de plus de 50 procureurs, 29 fiscaux de l'Administration fédérale des impôts et 16 avocats du Bureau du avocat général de l'État (PGE). L'action a également bénéficié du soutien de la police civile et militaire⁴⁸⁰.

En ce qui concerne plus particulièrement la question tranchée par le STJ, certains accusés – en l'espèce, les appelants – ont été accusés d'appartenance à une organisation criminelle (article 2 de la loi n° 12.850/13) et de blanchiment d'argent (art. 1, et paragraphes 1, 2 et 4, de la loi n° 9.613/98). Toujours lors du déclenchement de l'opération Monte-Cristo, le ministère public, conformément aux mandats de perquisition et de saisie, a obtenu des données numériques des ordinateurs des accusés collaborateurs et les a placées sur un disque dur externe. Après le dépôt de *l'habeas corpus* par la défense des défendeurs, une ordonnance a été rendue pour numériser tous les documents disponibles sur le disque dur, ainsi que leur ajout aux dossiers, en ce qui concerne la garantie d'une défense complète. Conformément à cette décision, le ministère public a présenté une copie des documents saisis lors de toutes les perquisitions et saisies par le biais de liens vers le stockage en nuage. La défense des défendeurs, lors de l'accès aux liens, a vérifié qu'une partie des données numériques était corrompue et serait inaccessible, comme le prouve un rapport technique.

La défense a alors déposé un nouvel *habeas corpus* contre la décision du juge de première instance qui avait rejeté ses demandes de production de preuves supplémentaires, visant à clarifier les questions liées à l'intégrité des données électroniques obtenues par le *Parquet* dans le cadre du processus de perquisition et de saisie. Les plaignants ont plaidé en faveur d'une déclaration d'« irrecevabilité de l'ensemble des preuves numériques saisies dans le cadre de la mesure conservatoire n° 0014250-63.2017.8.26.0577 », en raison de défaillances dans l'obtention du matériel et de la corruption d'une partie des fichiers, qui les rendaient inaccessibles. L'ordonnance a été rejetée par le tribunal local et un appel a été déposé auprès de le STJ.

Initialement, le vote du ministre rapporteur a été de rejeter l'appel. Plusieurs informations importantes sont contenues dans ce vote, dont l'extrait suivant :

⁴⁸⁰ Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2020/10/01/operacao-monte-cristo-contrafraude-fiscal-e-sonegacao-no-setor-farmaceutico-tem-2-alvos-no-oeste-paulista.ghtml>>, acesso em 17/03/2025.

À partir de ce que l'on peut extraire de la documentation des dossiers, il est possible de vérifier que ce qui a été recueilli dans les lieux liés à l'enquête est exactement d'où, plus tard, les preuves présentées au tribunal ont été extraites. Même les erreurs au moment de la copie des fichiers étaient vérifiables.

Cependant, il ne faut pas confondre les erreurs de copie des traces numériques avec la contamination d'autres traces numériques qui ont été effectivement copiées avec une mise en miroir appropriée. En d'autres termes, le fait qu'au moment où SEFAZ a copié les traces numériques, avec la mise en miroir appropriée, il y ait eu une erreur dans la copie de certains fichiers, ne soulève aucun soupçon ou suspicion quant aux traces qui ont effectivement été copiées et utilisées pour la production de preuves en justice.

Et l'absence de suspicion est garantie précisément par le fait que la collecte a suivi la méthodologie correcte, avec une mise en miroir appropriée, qui permet de vérifier qu'après la collecte, il n'y a pas eu d'inclusion ou d'exclusion d'une trace numérique.

Une situation différente serait si les fichiers corrompus avaient été utilisés pour produire des preuves dans les dossiers. Dans ce cas, oui, il serait possible d'affirmer une contamination au moment de la collecte de la trace et une méfiance à l'égard des preuves produites. Ou si la collecte avait eu lieu sans mise en miroir appropriée et que, parmi les traces numériques collectées, certaines étaient corrompues et d'autres non corrompues. Dans ce cas, il serait également possible d'affirmer une contamination et une méfiance de la part des preuves produites.

Faisant un parallèle avec une trace plus simple : sur la scène de crime, plusieurs taches de sang sont retrouvées. Les experts prélèvent des échantillons de toutes les teintures et les placent dans des contenants différents, individualisés et enregistrés. Cependant, l'un d'entre eux, au moment du traitement en laboratoire, finit par être indûment contaminé. Les éléments de preuve résultant de cette trace ne seront pas fiables et, par conséquent, irrecevables. Cependant, les autres preuves recueillies à partir des autres traces ne seront pas contaminées.

C'est exactement ce qui s'est passé dans l'affaire. La collecte de chacune des traces numériques a été correctement reflétée par le code de hachage, garantissant la vérifiabilité exacte que (i) les preuves produites devant le tribunal provenaient de la trace collectée au siège de l'entreprise ; (ii) il y a eu une erreur dans la copie de certaines traces ; (iii) parmi les traces avec erreur de copie, aucun élément de preuve n'a été produit dans le dossier et, enfin, (iv) que ces traces n'avaient pas non plus le pouvoir de contaminer les traces à partir desquelles les éléments de preuve figurant dans le dossier ont été produits⁴⁸¹. (p. 10-11 du vote du ministre-rapporteur).

⁴⁸¹ Disponível em

<https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&docu

Le rapporteur souligne que l'erreur s'est produite « au moment où SEFAZ a copié les traces numériques », ainsi que la collecte a suivi la méthodologie correcte, avec la mise en miroir appropriée, qui permet de vérifier qu'il n'y a pas eu d'inclusion ou d'exclusion d'une trace numérique après la collecte. En outre, elle souligne que les fichiers corrompus n'ont pas été utilisés pour la production d'éléments de preuve dans les dossiers.

Cependant, la ligne suivie dans le vote dissident, qui s'est avéré être le vote gagnant, était très différente. L'ordonnance d'habeas corpus a été accordée afin de déclarer irrecevables les preuves numériques, ainsi que toutes les autres preuves qui en découlent. La transcription de quelques extraits du vote est pertinente :

Dans le cas de ces enregistrements, il serait donc nécessaire de comparer au moins les hachages des fichiers mis à la disposition de la défense dans le nuage, dans le lien envoyé par le ministère public, avec les hachages de ceux contenus dans les disques durs d'origine et le « disque dur de l'administration fiscale », où ils étaient stockés. Si les codes sont identiques, alors on pourrait conclure que les fichiers contenus dans ces supports sont également identiques. L'accusation et le tribunal d'origine ayant refusé d'adopter cette procédure, il y a une atteinte concrète à la fiabilité des preuves, car nous ne savons pas si les dossiers sont, en fait, les mêmes. S'il s'agissait de la seule faille dans la gestion de la preuve de ce processus, je suggérerais l'octroi partiel de l'ordonnance, afin de déterminer que les procédures techniques nécessaires à la vérification de l'authenticité du matériel électronique devraient être adoptées à l'origine, y compris la remise du disque dur détenu par le Parquet. En effet, ici, contrairement à la situation jugée dans le précédent susmentionné, il y avait au moins la documentation des hachages au moment de la mise en miroir, ce qui permettrait en théorie leur comparaison future.

Dans le cas présent, cependant, il y a un problème encore plus important, qui sape même la prétention de la défense présentée en premier lieu d'analyser le disque dur conservé pendant des années par le ministère public. C'est que, comme l'a souligné l'habeas corpus, dans le recours ordinaire et dans le présent pourvoi interlocutoire, il y a un fait incontestable : le ministère public, le juge de première instance et la décision attaquée reconnaissent qu'une partie du matériel saisi est absolument inaccessible, parce que ses dossiers ont été corrompus par « une sorte d'erreur », qui se serait produite au moment de l'extraction des données lors de la perquisition et de

la saisie. Le principal problème de l'affaire réside donc dans l'offense à l'ensemble de la preuve (c'est nous qui soulignons) (p. 6 du vote gagnant)

[...]

Compte tenu de ce qui précède, en désaccord respectueusement avec le ministre rapporteur, j'accueille l'appel interlocutoire, afin de prévoir également l'appel ordinaire et d'accorder l'ordonnance d'habeas corpus, afin de déclarer irrecevables les preuves numériques (c'est-à-dire les preuves qui ont un support numérique ou qui ont été extraites d'appareils électroniques) obtenues dans le cadre de la mesure conservatoire n° 0014250- 63.2017.8.26.0577, ainsi que tous les éléments de preuve qui en découlent, sous la forme de l'article 157, § 1er, du CPP.

Le tribunal d'origine doit indiquer immédiatement quels éléments de preuve découlent de l'irrecevabilité, les retirer tous des registres et analyser si, à leur exclusion, d'autres éléments de preuve de juste motif subsistent dans les registres (article 395, III, du CPP) à l'appui de la réception de la plainte.⁴⁸²

Il est donc vérifié qu'aucune preuve n'a été produite directement sur la base d'un fichier qui semble être corrompu. Il n'est même pas fait mention dans les votes d'aucune preuve à cet égard. Cependant, la simple possibilité, dans l'abstrait, que cela puisse se produire a conduit à l'annulation de toutes les preuves numériques recueillies. En fait, ce qui a conduit à la déclaration de nullité, c'est la possibilité que le contenu de tout fichier corrompu ait pu, indirectement, contribuer à la production d'autres preuves. Ce point a été énoncé dans la décision, dans les termes suivants : « Cela signifie que, en théorie, il est possible que le ministère public ait accédé au contenu des fichiers et l'ait utilisé dans ses enquêtes, en obtenant d'autres preuves, et que la corruption du matériel numérique n'ait eu lieu que plus tard (p. 8) ». Le magistrat précise d'ailleurs que, dans cette situation, « la parité des armes serait rompue ».

Il convient de rappeler, à ce stade, qu'il est au moins douteux que les informations présentes dans les fichiers corrompus n'aient pas non plus été accessibles, à un moment donné, aux appelants, étant donné que les preuves ont été recueillies à partir des ordinateurs d'autres accusés – qui, en théorie, auraient agi dans la même organisation criminelle. Il convient de répéter que c'est précisément l'absence de démonstration de l'exhaustivité des éléments de preuve, susceptibles d'entraîner la violation de la parité des armes, qui a conduit à l'annulation.

⁴⁸² Disponível em

<https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=64&documento_sequencial=287804203&registro_numero=202302482249&peticao_numero=202400627326&publicacao_data=20241226&formato=PDF>, acesso em 25/03/2025.

Il est toutefois important de noter qu'il a été expressément inclus dans le vote gagnant la possibilité d'effectuer, même à ce moment-là, une expertise afin de vérifier l'authenticité du matériel électronique, c'est-à-dire de vérifier l'identité entre les fichiers présents sur le disque dur externe et ceux fournis aux défenses, mais que cet avis d'expert n'a pas été déterminé. La raison invoquée lors du vote est que, indépendamment de la réalisation ou non d'une expertise, il est d'ores et déjà établi qu'« une partie des documents saisis est totalement inaccessible, car ses fichiers ont été corrompus par une erreur présumée survenue lors de l'extraction des données. Le principal problème de cette affaire réside donc dans la violation de l'intégrité des preuves. »

Il n'est pas difficile de comprendre que la ligne d'interprétation développée dans le vote susmentionné va dans le sens qu'une partie des preuves électroniques a été perdue et, compte tenu du fait qu'il est impossible d'affirmer avec une certitude totale qu'il n'y avait aucun type d'accès par le ministère public à ces éléments de preuve avant la perte du matériel, la possibilité de rompre la parité des armes serait configurée.

Cependant, un aspect important peut passer inaperçu à la première lecture de la décision. Si la nullité découle de la possibilité que le ministère public ait eu un certain niveau d'accès aux preuves électroniques avant qu'elles ne soient perdues – et il convient de noter que le cas analysé traite toujours cette possibilité de manière abstraite, puisque le vote ne mentionne aucun élément de conviction en ce sens – alors dans tous les cas où il y a perte d'une partie des preuves électroniques recueillies au cours d'une enquête, il doit nécessairement y avoir une déclaration de nullité de l'intégralité des preuves. Ici, une brève analyse s'impose. Au moins au Brésil, la collecte de preuves électroniques lors d'opérations menées par la police ou d'autres institutions publiques ne se fait pas avec la fourniture immédiate d'une copie de ce qui a été extrait aux personnes faisant l'objet d'une enquête, même parce que ce qui est extrait est déjà une copie. En d'autres termes, une reproduction des documents recueillis auprès de la partie visée par l'enquête serait fournie à la partie visée par l'enquête elle-même. De plus, les autres parties intéressées ne seraient même pas sur place pour recevoir une copie des preuves recueillies.

Par conséquent, lorsque l'un des fichiers copiés présente un type d'erreur, ce problème n'est remarqué que lorsque les enquêteurs analysent ces preuves. De plus, cette question n'atteindra les défenses de chaque accusé que lorsque l'un d'entre eux demandera à avoir accès à ces preuves. Que cet accès soit accordé dans une première décision ou seulement en appel, il ne fait aucun doute qu'il y aura un décalage entre le moment où les éléments de preuve sont mis à la disposition des enquêteurs et le moment où ils seront fournis

aux défenses. Par conséquent, chaque fois qu'il y a un type d'erreur dans l'un des fichiers électroniques extraits, ce fichier sera en possession des organes d'enquête avant d'atteindre les défenses et, par conséquent, il y aura la possibilité, dans l'abstrait, qu'il y ait accès à ce fichier avant qu'il n'ait été endommagé, si nous considérons – comme cela a été fait dans la décision analysée – que la preuve d'expert pour la vérification de l'authenticité du matériel n'est pas suffisante pour éliminer cela doute. Ce qui changera, ce ne sera que le temps pendant lequel les enquêteurs auraient pu avoir accès à ces dossiers, mais pas le fait qu'en théorie, cet accès possible aurait le pouvoir d'influencer le cours de l'enquête. Ainsi, la décision en question, bien qu'elle cite le fait que la réalisation de l'expertise a été rejetée dans une première décision, utilise une logique qui rend ce rejet pratiquement indifférent, puisque la prétendue « violation de la parité des armes » serait déjà configurée même si l'expertise avait été réalisée au moment où elle a été demandée.

Peu importe donc le laps de temps dans lequel les informations peuvent être mises à la disposition des enquêteurs avant que les fichiers électroniques ne subissent un quelconque dommage – dans un cas analogue à celui jugé dans la décision en question. Une semaine, un mois ou quelques années, le fait est que l'accès des enquêteurs à des éléments qui n'ont pas été mis à disposition par la défense se produira toujours et, en théorie, aura toujours le potentiel d'influencer les procédures ultérieures.

Il est indéniable que la décision, telle qu'elle a été rédigée, finit par créer, implicitement, un modèle de prise de décision dans lequel chaque fois qu'une partie, même petite, des preuves numériques recueillies dans le cadre d'une certaine diligence est corrompue, l'intégralité de cet ensemble de preuves sera nulle.

Rappelons que le STJ avait déjà rendu de nombreuses décisions à l'effet que toute nullité, même en matière criminelle, ne devrait être reconnue que lorsque le préjudice est démontré, conformément au principe du « pas de nullité sans grief ». Apparemment, cette décision représenterait un changement dans cette compréhension, puisque la nullité des preuves recueillies a été déclarée même sans aucune preuve de préjudice concret pour la défense. Toutefois, dans les mois qui ont suivi cette décision, plusieurs autres ont été rendues dans le même sens que la jurisprudence antérieure. Citons par exemple l'AgRg dans HC 962582/SP, qui stipule que « La défense n'a pas soulevé la nullité au moment opportun, constituant une préclusion consummative, ni démontré le préjudice subi, selon le principe du pas de nullité sans grief » (AgRg dans HC n° 962.582/SP, rapporteur Ministre Ribeiro Dantas, cinquième panel, jugé le 3/5/2025, DJEN du 3/12/2025) ; l'AgRg dans l'AREsp 2497308/PR, où il a été décidé que « L'absence de témoignage spécial ne démontre pas un préjudice concret

pour la défense, condition indispensable à la reconnaissance de la nullité procédurale, selon le principe du pas de nullité sans grief » (AgRg dans RHC n. 184.926/PE, rapporteur Minister Messod Azulay Neto, Cinquième Panel, jugé le 11/03/2025, DJEN du 18/03/2025) ; et l'AgRg dans RHC n° 196.572/BA, d'où il est extrait que « Il est communément admis par cette Cour que la nullité procédurale exige la démonstration d'un préjudice concret ('pas de nullité sans grief'), ce qui n'est pas le cas en l'espèce » (AgRg dans RHC n° 196.572/BA, rapporteur Justice Reynaldo Soares da Fonseca, cinquième panel, jugé le 3/11/2025, DJEN du 19/03/2025), tous issus de la même chambre qui a rendu la décision concernant l'Opération Monte-Cristo.

En effet, une recherche à l'aide de l'utilisation de l'expression « pas de nullité sans grief » dans les mois qui ont précédé et suivi le jugement de l'appel ordinaire en habeas corpus 184.003-SP montre que le fil des décisions de la 5e chambre du STJ est demeuré pratiquement inchangé. Parmi les 3 754 décisions rendues par la 5e chambre au cours des deux mois précédents, la propre recherche jurisprudentielle du STJ a donné 45 résultats se référant à l'expression susmentionnée, et dans tous les jugements, il y avait l'interprétation selon laquelle le préjudice à la défense ne serait pas démontré et, par conséquent, il ne devrait pas y avoir de déclaration de nullité. En ce qui concerne les 2 897 jugements rendus dans les mois qui ont suivi⁴⁸³, la même recherche a révélé un total de 54 jugements, parmi lesquels seulement deux étaient dans le sens de la reconnaissance de la nullité alléguée, sur la base de l'idée que le préjudice effectif pour la défense aurait été démontré.

On peut donc constater qu'il n'y a pas eu de changement effectif lorsque la décision a été prise concernant l'Opération Monte-Cristo. Presque tous les jugements dans lesquels le principe du « pas de nullité sans grief » a été débattu ont continué sans reconnaître les nullités alléguées par les défenses et, même dans les quelques jugements où il y a eu reconnaissance, le raisonnement était en ce sens que le dommage concret serait démontré. Il convient de répéter que, dans le RHC 184.003-SP, à aucun moment l'utilisation d'éléments qui n'avaient

⁴⁸³ Il est important de souligner que la recherche a utilisé la même expression pour les deux mois précédant l'arrêt de référence et pour les trois mois suivants, afin de maintenir la même période effective d'activité judiciaire, compte tenu des vacances judiciaires collectives de janvier. Par ailleurs, il convient de souligner qu'il ne s'agit pas des seuls jugements où une nullité a été débattue. L'utilisation de l'expression choisie fait précisément référence à la discussion spécifique sur la reconnaissance d'une éventuelle nullité en raison de l'existence ou non d'un préjudice pour la partie alléguante, point que nous souhaitons aborder ici. La référence au nombre total de jugements rendus illustre le nombre extrêmement élevé d'affaires entendues par les tribunaux brésiliens et la grande difficulté qui en résulte pour analyser l'ensemble des jugements d'un tribunal, même sur des périodes relativement courtes. D'où le choix d'utiliser des termes croisés, tels que des références à certains principes, comme dans ce cas précis. La recherche peut être effectuée sur le site web <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, consulté le 04/09/2025.

pas été fournis à la défense n'a été mentionnée dans les décisions, ainsi que toute indication que ceux-ci auraient pu être effectivement consultés par les enquêteurs. En d'autres termes, la reconnaissance de la nullité est intervenue sans la démonstration d'un préjudice réel.

Il est également intéressant de noter que la décision susmentionnée, si elle était suivie dans tous les cas analogues, finirait par créer un régime de preuve insoutenable puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, elle déterminerait l'annulation de toutes les preuves techniques recueillies chaque fois qu'il y aurait une sorte d'incohérence dans l'un des éléments recueillis. En ce sens également, il est très proche d'autres décisions commentées dans le présent travail. On peut citer, par exemple, la décision mentionnée dans le chapitre sur l'activisme judiciaire, concernant la reconnaissance de l'illégalité de la grève des enseignants de l'État au Pará. Dans ce cas, les motifs invoqués serviraient à déclarer illégale toute grève des professionnels de l'éducation – ce qui, de toute évidence, n'est pas conforme au système juridique brésilien. Ainsi, ces décisions utilisent certains motifs sans explorer quelles seraient les conséquences de l'application de ces mêmes motifs à tous les cas analogues – ce qui, dans le cas des procédures pénales, contribue à l'incohérence dans le traitement de l'accusé devant le pouvoir judiciaire.

La différence de traitement reçu par les « clients » du système pénal dans notre pays commence cependant beaucoup plus tôt. La dénonciation dans les médias de l'emprisonnement de certains « grands délinquants », comme la presse elle-même les appelle, a motivé l'édition, par le STF, de la *Súmula* contraignant n° 11, relatif à l'utilisation des menottes, qui dispose :

Le port des menottes n'est licite qu'en cas de résistance et de crainte fondée de s'évader ou de danger pour son intégrité physique ou celle d'autrui, de la part du détenu ou de tiers, si l'exceptionnalité est justifiée par écrit, sous peine de responsabilité disciplinaire, civile et pénale de l'agent ou de l'autorité et de nullité de l'arrestation ou de l'acte de procédure auquel elle se rapporte, sans préjudice de la responsabilité civile de l'État.⁴⁸⁴

Bien que la décision de modifier le précédent ait été, en théorie, prise par la Cour lors de l'arrêt d'habeas corpus n° 91952 – lorsque la condamnation du maçon Antonio Sérgio da Silva par le tribunal des jurys de Laranjal Paulista (ville de l'État de São Paulo) a été annulée, en raison du fait qu'il a été maintenu menotté tout au long de son procès – la véritable raison de l'édition de la *Súmula* a été expliquée à la même occasion, comme le rapporte le site web du STF lui-même : « Dans le même arrêt, la Cour a également décidé de rendre plus explicite

⁴⁸⁴ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1220>. Acesso em 25/06/2025.

sa compréhension de l'utilisation généralisée des menottes, compte tenu de ce qu'elle a considéré comme une utilisation abusive, ces derniers temps, au cours de laquelle les détenus ont été exposés, menottés, aux flashes des médias ».⁴⁸⁵

Cependant, en ce qui concerne la jurisprudence du STF, l'affaire qui a acquis une plus grande notoriété concernant les principes de garantie pénale ces dernières années est probablement la décision rendue par le STF dans l'affaire HC n° 126.292, en février 2016, lorsqu'il a été décidé qu'il était possible d'exécuter la peine avant le jugement définitif et sans appel ⁴⁸⁶de la condamnation. En effet, la Cour suprême a déclaré que l'exécution provisoire d'une condamnation pénale prononcée en appel, même si elle fait l'objet d'un recours spécial ou extraordinaire, ne porte pas atteinte au principe constitutionnel de la présomption d'innocence (art. 5, LVII, de la FC/88). En d'autres termes, selon la Cour suprême, il est possible de commencer l'exécution de la peine privative de liberté après le prononcé d'une condamnation au 2e degré, ce qui ne porte pas atteinte au principe constitutionnel de la présomption d'innocence, consacré à l'article 5, point LVII, qui dispose expressément que « personne ne sera considéré comme coupable jusqu'à la condamnation pénale définitive et sans appel ».

Dans son vote, le ministre rapporteur, Teori Zavascki, a déclaré que le domaine d'incidence le plus explicite du principe de non-culpabilité est celui de la discipline juridique des preuves, ainsi que dans le cadre des cas ordinaires où la possibilité d'examiner les faits et les preuves est épuisée et, à cet égard, l'établissement même de la responsabilité pénale de l'accusé. Il a donc conclu que s'il y a un jugement d'incrimination de l'accusé au deuxième degré « fondé sur des faits et des preuves qui ne peuvent être réexaminés par l'instance extraordinaire, il semble tout à fait justifié de relativiser et même d'inverser le principe de la présomption d'innocence pour le cas d'espèce ». Il a également déclaré que « la présomption d'innocence n'empêche pas que, même avant le jugement définitif, la condamnation produise des effets à l'encontre de l'accusé », arguant qu'il y a une « évolution » de la non-culpabilité en fonction du stade de la procédure, et aussi qu'un traitement progressivement plus sévère est acceptable, tant que le noyau fondamental du droit n'est pas atteint.

⁴⁸⁵ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467, acesso em 06/04/2023.

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus n° 126.292. Relator Min. Teori Zavascki DJE 07/02/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30/07/2023.

Il est toutefois nécessaire de se demander quel serait ce « noyau fondamental » qui ne peut être atteint et comment exactement le traitement « progressivement plus sévère » susmentionné fonctionnerait. Or, si, après la condamnation en deuxième instance, l'accusé peut déjà purger la peine privative de liberté qui lui a été infligée – la peine la plus sévère prévue dans notre système juridique en temps de paix – que resterait-il alors à faire après la décision définitive et sans appel ? Quel droit serait garanti à l'accusé dans le texte constitutionnel lorsqu'il mentionne expressément l'autorité de la chose jugée ? Il est indéniable que l'interprétation présentée vide complètement la garantie prévue dans notre Constitution, sapant ainsi le caractère littéral du texte constitutionnel.

Il faut le répéter, le texte normatif ne peut être ignoré, puisqu'il constitue la base du processus d'interprétation. Ce dernier ne se limite pas au premier, mais il ne peut pas non plus s'en passer. Comme le rappelle Lenio Streck, « la 'volonté' et la 'connaissance' de l'interprète ne permettent pas l'attribution arbitraire de significations, ni une attribution de significations arbitraire. Après tout, la leçon est exprimée dans l'œuvre *Vérité et la Méthode*, celui qui veut comprendre un texte doit être prêt à le laisser dire quelque chose ».⁴⁸⁷

Le ministre rapporteur déclare également dans le vote susmentionné que sa position trouve un soutien dans le scénario international et que dans aucun pays au monde, après avoir observé le double degré de juridiction, l'exécution d'une condamnation n'est suspendue, dans l'attente d'un référendum par la Cour suprême. En ce sens, il cite une étude qui décrit la situation liée au thème dans plusieurs pays du monde. Il semble oublier, cependant, que ces pays n'ont pas leur système juridique structuré sur notre Constitution et que le texte constitutionnel de ces pays ne comporte pas de disposition identique à celle de la Constitution fédérale brésilienne de 1988 dans son article 5, point LVII – *personne ne sera considéré comme coupable jusqu'à la condamnation pénale définitive et sans appel*.

Différents juges ont exposé des motifs similaires à ceux transcrits ci-dessus. Une autre argumentation présentée dans ce jugement était celle liée à la politique pénale. En ce sens, le juge Luís Roberto Barroso a déclaré que la possibilité d'exécuter la peine après condamnation au deuxième degré réduit le degré de sélectivité du système punitif brésilien, « le rendant plus républicain et égalitaire », tout en favorisant la rupture du paradigme de l'impunité dans le système pénal.

⁴⁸⁷ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*. 2^a ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020, p. 139.

Le ministre susmentionné a affirmé que la nécessité d'un jugement définitif pour le début de l'exécution de la peine « a contribué de manière significative à aggraver le discrédit du système de justice pénale dans la société », car cela a conduit massivement à la prescription du droit de punir ou à l'écoulement d'une longue période de temps entre la commission du crime et la peine. Il a conclu en disant qu'« un système judiciaire démoralisé ne sert ni le pouvoir judiciaire, ni la société, ni les accusés, ni les avocats ». Il conviendrait de demander à l'éminent ministre quels effets une *Constitution démoralisée a sur la société*, dont le texte est complètement ignoré au profit de tout argument statistique, moral ou de politique criminelle. Une Constitution qui n'est pas capable de générer une sécurité juridique ou de garantir des droits, car si les prochaines recherches publiées par la presse indiquent – ou si c'est l'interprétation de certains sur les chiffres – qu'il faut arrêter plus, ou peut-être torturer plus ou tuer plus, la Cour suprême sera toujours prête à ignorer la Constitution et à décider en fonction des tendances du moment.

Il faut souligner, en outre, qu'il n'appartient pas à la Cour suprême de faire de la politique pénale. La mise en œuvre des politiques pénales – ainsi que des politiques publiques dans leur ensemble – relève du pouvoir exécutif, instrumentalisée par des actes normatifs approuvés par le pouvoir législatif, et seul le contrôle, dans certains cas, par le pouvoir judiciaire est possible. Il est donc évident que le pouvoir judiciaire ne peut ignorer une garantie expressément prévue par le texte constitutionnel fondée sur des arguments de politique pénale. Bien que l'on pense que l'appareil punitif de l'État pourrait être plus efficace sans certaines des garanties prévues par le texte constitutionnel, la fonction première de la Cour suprême est de veiller sur la Constitution et non de décider ce qui sera le mieux pour le pays, *indépendamment* de la Constitution.

En 2019, le STF lui-même, lorsqu'il a statué sur les actes déclaratoires de constitutionnalité n° 43, 44 et 54, a de nouveau changé d'interprétation et a décidé, à la majorité, que l'exécution de la peine devait commencer après l'épuisement de tous les recours. Les juges défaits ont maintenu, en substance, la ligne d'argumentation des votes exprimés en 2016, tandis que ceux qui détenaient la position majoritaire ont défendu la littéralité de la disposition constitutionnelle.

Cependant, avant même que cette nouvelle orientation ne soit établie par le STF, c'est-à-dire entre 2016 et 2019, des décisions ont été rendues par les ministres de la Cour suprême elle-même soutenant la présomption d'innocence. À titre d'exemple, la décision rendue par le juge Celso de Mello dans l'affaire HC n° 135 100/MG, accordant une injonction de suspendre l'exécution du mandat d'arrêt émis contre l'accusé, condamné au deuxième

degré, sur la base du principe de la présomption d'innocence. Le ministre a déclaré que la décision de la Cour de justice locale « semble avoir transgressé un postulat essentiel à la configuration du processus pénal démocratique, en inversant la formule de la liberté, qui s'exprime dans la présomption constitutionnelle d'innocence (CF, art. 5, point LVII), en la ramenant à la condition inacceptable de la présomption de culpabilité ». Il a également affirmé que l'interprétation exposée par la plénière du STF dans le jugement du HC n° 126292 a été rendue dans le cadre d'un processus de profil éminemment subjectif, n'ayant pas d'effet contraignant.

Les motifs invoqués alors par le juge Celso de Mello étaient en harmonie avec la garantie de la présomption d'innocence prévue par la Constitution. Cependant, il est nécessaire de mentionner que, d'un point de vue conceptuel, lorsque les garanties ne sont pas appliquées de la même manière à tous les citoyens, elles perdent leur caractère de garanties, précisément parce que de nombreux individus n'y auront pas accès, ce qui leur enlève le caractère de certitude, nécessaire à leur configuration. Les garanties finissent donc par devenir des privilèges, qui contribuent au maintien, voire à l'aggravation, des inégalités sociales, notamment au regard de la stigmatisation laissée par l'emprisonnement et de ses conséquences sociales, comme nous le verrons ci-dessous.

6.4. La stigmatisation dans la reproduction des inégalités : les conséquences sociales de l'incarcération

Initialement, il convient de noter que le système pénal d'une société donnée n'est pas seulement lié au contrôle de la criminalité. Plusieurs autres intérêts peuvent influencer directement les règles pénales, comme, par exemple, la rareté ou l'abondance de main-d'œuvre. Les institutions de contrôle social visent à dissuader les chômeurs – qui, face à la faim et au besoin, sont plus susceptibles de commettre des crimes – par des peines sévères. D'autre part, dans une société où les travailleurs sont rares, l'exécution pénale aura une fonction différente, puisqu'il ne s'agit pas seulement d'empêcher les masses étouffées par la faim de satisfaire leurs besoins les plus élémentaires. Ainsi, l'exécution pénale peut se limiter à contraindre les plus réfractaires au travail et à instruire des « délinquants » qui doivent se contenter du salaire que reçoit un « travailleur honorable ».⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. 2. ed. Niterói: Eduff, 2012, p. 73.

Comme le rappelle Loïc Wacquant, la « pénalité néolibérale présente le paradoxe suivant : elle vise à remédier par un ‘plus d’État’ en matière de police et de prison au ‘moins d’État’ en matière économique et sociale qui est la cause même de l’escalade généralisée de l’insécurité objective et subjective dans tous les pays ». Ce modèle de système punitif est encore plus séduisant et plus néfaste lorsqu’il est appliqué dans des pays marqués par de fortes inégalités d’opportunités et de conditions de vie, ainsi que par la fragilité de leurs institutions démocratiques, étant donc beaucoup moins capables de faire face de manière adéquate aux transformations de l’économie, des marchés du travail et des différents problèmes sociaux qu’ils engendrent.⁴⁸⁹

De cette façon, nous combinons, au Brésil, une société extrêmement inégalitaire, avec un système pénal qui entend pallier l’absence de l’État dans le domaine social, et un système constitutionnel garantiste, qui devrait assurer – dans le domaine pénal – une série de droits à tous les accusés. Il est évident que ces deux facettes de notre société ont des logiques totalement incompatibles, ce qui est l’une des principales raisons des différences de traitement reçu par les personnes criminalisées au Brésil. Certains ont accès à un procès de nature véritablement garantiste, avec le processus accusatoire, la défense ample, la charge de preuve de l’accusation, etc., tandis que d’autres sont alourdis par l’appareil punitif de l’État, qui est de plus en plus fort en raison de la mauvaise performance de l’État dans d’autres domaines.

En outre, le fait qu’il y ait, en pratique, une différence significative dans le traitement reçu par chaque individu face à l’appareil punitif de l’État, selon la classe sociale à laquelle il appartient, est un facteur qui contribue au maintien, voire à l’aggravation, de l’inégalité sociale qui existe dans notre pays. Cela est dû au fait que le simple passage de l’individu dans le système carcéral marque sa vie pour toujours, réduisant considérablement toute possibilité d’ascension sociale. En d’autres termes, une personne pauvre, qui aurait normalement moins d’opportunités, en passant par le système carcéral, voit ses possibilités d’évolution professionnelle pratiquement éliminées, en plus d’innombrables autres difficultés créées par la stigmatisation de la prison.

C’est la raison d’être du projet *Começar de Novo*, du Conseil National de Justice, qui cherche à créer des opportunités d’emploi pour les anciens détenus, afin qu’ils ne commettent plus de délits.⁴⁹⁰ Des études montrent que le taux de récidive au Brésil est d’environ 40 %,

⁴⁸⁹ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 7.

⁴⁹⁰ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/comecar-de-novo/>>, acesso em 11/05/2025. Frise-se que esses dados variam significativamente de acordo com os critérios adotados em cada pesquisa realizada.

bien qu'il existe d'importantes variations en fonction des critères adoptés, tant en ce qui concerne la période que la définition de la récidive elle-même⁴⁹¹.

Wacquant met en garde contre les coûts financiers, sociaux et humains astronomiques de l'emprisonnement de la misère. Si, à court terme, l'augmentation substantielle de la population carcérale peut réduire artificiellement le taux de chômage, en omettant des statistiques une réserve importante de personnes à la recherche d'un emploi, « à moyen et long terme, elle ne peut que l'aggraver en rendant ceux qui ont été incarcérés plus difficiles à employer, voire inemployables sur un marché du travail non qualifié très compétitif ». Par ailleurs, il est nécessaire de rappeler les effets de l'incarcération sur les populations des localités les plus directement placées sous tutelle pénale, tels que la stigmatisation, les dommages aux stratégies scolaires et professionnelles, la déstabilisation des familles, et aussi l'émergence, dans les communautés où la prison est banalisée, d'une « culture de résistance », voire de défiance, à l'autorité, et tout le cortège de pathologies, de la souffrance et de la violence (inter)personnelle couramment associées au passage dans l'établissement pénitentiaire ». ⁴⁹²

Sur la question de la stigmatisation de certains groupes d'individus, tels que les anciens détenus, Goffman précise que non seulement les personnes stigmatisées souffrent des effets de la marque chargée, mais aussi ceux qui vivent autour d'eux :

Un deuxième type de personne « informée » est l'individu qui se rapporte à un individu stigmatisé par le biais de la structure sociale – une relation qui conduit la société dans son ensemble à considérer les deux comme une seule personne. Ainsi, la fidèle épouse du malade mental, la fille de l'ex-forçat, le père de l'infirme, l'ami de l'aveugle, la famille du bourreau, tous sont obligés de participer un peu au discrédit des stigmatisés avec lesquels ils se rapportent⁴⁹³.

⁴⁹¹ Un rapport publié par le Département pénitentiaire national indique que « si nous sommes certains qu'un détenu a quitté le système, le risque que tout déplacement ultérieur du même détenu soit une récidive est extrêmement élevé. Selon cette définition, 37,6 % des détenus libérés récidivent dans les 5 ans. Il est important de noter que la définition 2 rend bien compte de la récidive dans les États disposant de données de qualité, c'est-à-dire ceux où les erreurs de classification des libérations par décision de justice, progression et évasion sont rares. La mesure 2 est donc notre mesure de référence, celle qui, selon nous, reflète le plus fidèlement le phénomène de récidive parmi les personnes libérées du système pénitentiaire brésilien. Nos résultats révèlent qu'entre 2010 et 2021, 42,5 % des personnes quittant un établissement pénitentiaire sont de nouveau arrêtées. La récidive survient principalement au cours de la première année, où 23,1 % de ces détenus libérés récidivent. » Disponible sur <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf> consulté le 05/11/2025.

⁴⁹² WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 143.

⁴⁹³ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 28.

Et l'auteur susmentionné cite également un extrait d'une lettre envoyée à un journal américain, décrivant la situation d'un enfant de 12 ans qui a été exclu de toute activité sociale parce que son père était un ancien détenu. La jeune fille a raconté qu'elle essayait d'être gentille avec tout le monde, mais que les préjugés étaient plus forts : « Mes camarades de classe m'ont dit que leurs mères ne voulaient pas qu'ils marchent avec moi, parce que ce ne serait pas bon pour leur réputation. Les journaux ont fait une publicité négative de mon père et bien qu'il ait purgé sa peine, personne n'oubliera le fait⁴⁹⁴.

La marque laissée par l'emprisonnement sur l'individu est quelque chose de si profond, avec tant d'implications, notamment dans leurs relations sociales, qu'il est courant que les ex-détenus tentent de cacher cet aspect de leur passé. En fait, il existe de rares situations dans lesquelles le fait d'avoir déjà été interné dans le système carcéral peut bénéficier à une personne ou même être admis par d'autres personnes sans implications majeures pour l'ex-détenu. D'autre part, la dissimulation du fait aura presque toujours des conséquences positives, compte tenu des préjugés presque généralisés qui existent à l'encontre des anciens prisonniers, non seulement au Brésil, mais dans la plupart des sociétés.

Goffman souligne que, en raison de la satisfaction apportée par le fait d'être dans une situation considérée comme normale – c'est-à-dire exempte de stigmatisation sociale – presque tous ceux qui se trouvent dans une position où une dissimulation est nécessaire essaieront de le faire à un moment donné. De plus, la stigmatisation de la personne peut être liée à des problèmes qu'il n'est pas pratique de divulguer à des étrangers. Un ex-détenu ne peut révéler pleinement sa stigmatisation qu'en racontant aux autres des faits personnels qui vont au-delà de ce que la plupart des relations justifient réellement. Ainsi, « un conflit entre la sincérité et le décorum sera presque toujours résolu en faveur de ce dernier ».⁴⁹⁵

Dans le contexte français, par exemple, Adeline Hazan souligne que, malgré certaines avancées inscrites dans la loi, et notamment dans la loi pénitentiaire de 2009, les objectifs affichés de resocialisation, de travail, de réinsertion, de maintien des liens familiaux, d'expression collective des détenus, de préparation à la libération, c'est-à-dire de renforcement des liens entre les détenus et le monde extérieur sont loin d'être atteints⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 29.

⁴⁹⁵ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 66.

⁴⁹⁶ HAZAN, Adeline. Préface. In FOUCHARD, Isabelle; LORENZINI, Daniele. *Sociétés carcérales. Relecture(s) de Surveiller et punir*. Paris: Mare & Martin, 2017. Hazan ajoute que les pouvoirs publics semblent avoir pris conscience de cette situation, mais ne sont pas en mesure d'apporter des réponses satisfaisantes. Il convient

Cependant, les données présentées par Hazan démontrent que la situation dans les prisons françaises, bien que justifiant les critiques présentées, est très différente de celle que l'on trouve au Brésil. En ce sens, l'extrait suivant est cité :

Mais en tout cas on peut (on doit) parler d'échec. Échec en ce qui concerne la surpopulation carcérale qui mine l'ensemble de la question pénitentiaire. Au 1 avril 2017, on comptait 70 230 personnes détenues - un record sans précédent - pour 58 670 places. 1 883 détenus dormaient sur des matelas par terre. Cette situation est inadmissible. Elle constitue un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans l'ensemble des maisons d'arrêt, le taux de surpopulation carcérale est de 137 %. Certains établissements, tels que ceux de Fresnes ou Fleury-Mérogis, atteignent des taux record de 200 % ! Les détenus cohabitent à trois ou quatre dans des cellules de deux, ou cinq ou six dans des cellules de trois, et on rajoute des matelas au sol⁴⁹⁷.

Selon un reportage de *Radio France*, en juin 2025, cette situation est restée pratiquement inchangée. Les prisons françaises comptaient, au cours du mois indiqué, 84 500 détenus pour seulement 62 566 postes vacants opérationnels, ce qui représente une densité carcérale moyenne de 135 %. Ce nombre dépassait les 200 % dans 22 prisons. De plus, ces établissements, souvent mal entretenus et inadaptés au changement climatique, sont des lieux très chauds, notamment au vu des canicules et de la surpopulation⁴⁹⁸.

Au Brésil, le STF a reconnu, lorsqu'elle a statué sur l'allégation de non-respect d'un précepte fondamental n° 347 en 2023, l'inconstitutionnalité de notre système pénitentiaire. D'après une « information à la société » publiée par le STF lui-même, il est indiqué que, parmi les faits qui illustrent le traitement inhumain infligé aux prisonniers, figurent « des cellules surpeuplées et sales, le manque d'eau et de produits d'hygiène de base, la prolifération des maladies, les femmes qui accouchent elles-mêmes dans les prisons, les agressions et les viols, ainsi que l'absence de possibilités d'étudier et de travailler ». Il y a aussi, dans ce même document, un résumé de la décision, informant que, par un vote unanime, la plénière du STF a reconnu l'existence d'un scénario de violation massive des droits fondamentaux dans le

toutefois de saluer l'adoption de la loi du 15 août 2014, dont les dispositions pourraient réduire le nombre de prisonniers. Elle souligne toutefois que, même plusieurs années après son adoption, cette loi n'a pas encore produit les effets escomptés.: "Cette situation, les pouvoirs publics semblent en avoir pris conscience mais ils sont incapables d'y apporter des réponses satisfaisantes, même s'il faut saluer l'adoption de la loi du 15 août 2014 dont certaines dispositions sont de nature à faire baisser le nombre d'entrées en prison. Mais cette loi n'a toujours pas eu trois ans après sa promulgation, les effets escomptés".

⁴⁹⁷ HAZAN, Adeline. Préface. In FOUCHARD, Isabelle; LORENZINI, Daniele. Sociétés carcérales. Relecture(s) de Surveiller et punir. Paris: Mare & Martin, 2017.

⁴⁹⁸ Disponible sur < <https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/l-info-de-france-inter/l-info-de-france-inter-9474903>>, consulté le 13/07/2025.

système pénitentiaire brésilien, dans lequel « les prisonniers sont privés, par exemple, des droits à l'intégrité physique, à l'alimentation, à l'hygiène, à la santé, aux études et au travail. Il a été déclaré que la situation actuelle des prisons compromet la capacité du système à atteindre les objectifs d'assurer la sécurité publique et de resocialiser les prisonniers.⁴⁹⁹

Au cours du procès, le STF a reconnu l'incapacité de notre système pénitentiaire à resocialiser les prisonniers ou même à leur offrir des conditions minimales de dignité ou de sécurité, citant l'un des plus grands problèmes de la situation actuelle de nos centres de détention. L'intégrité des prisonniers n'étant pas garantie, ils sont souvent contraints de s'associer à des organisations criminelles – qui contrôlent actuellement, dans une certaine mesure, une grande partie des prisons brésiliennes. En d'autres termes, non seulement la peine de prison n'aide pas à la réhabilitation, laissant une stigmatisation sociale presque insurmontable, mais elle conduit également les personnes incarcérées à une plus grande marginalisation, puisqu'elles sont forcées de s'engager dans des organisations criminelles afin de pouvoir garantir au minimum leur sécurité. En ce sens, on peut lire l'extrait suivant de l'avis du juge Luís Roberto Barroso :

Par conséquent, l'inconstitutionnalité des prisons conduit à l'aggravation de la situation de la sécurité publique en dehors du système pénitentiaire, soit parce que les crimes sont maintenant commis à l'intérieur de la prison, soit parce que les citoyens qui ont été soumis pendant des années aux conditions les plus dégradantes et qui sont souvent forcés de s'associer à des organisations criminelles sont réintégrés dans la société. Comme le système n'a pas la capacité de resocialiser le prisonnier, au contraire, il se prête à augmenter son potentiel criminel, les taux de récidive sont élevés [24]. La difficulté de retourner sur le marché du travail et de se construire une vie digne pousse ceux qui ont quitté le système à retomber dans la criminalité. Il y a donc un cercle vicieux : plus le système carcéral est mauvais, plus la criminalité est importante, plus l'insécurité publique est grande, plus la récidive est importante et, par conséquent, plus la demande de retour en prison est grande. Dans de telles conditions, le système pénitentiaire brésilien fait partie du problème de la sécurité publique – il n'est pas sa solution (articles 1, 5 et 144, CF).⁵⁰⁰

Ainsi, si le système pénal favorise l'internement des individus d'une certaine classe sociale dans les prisons, ce segment de la société aura certainement plus de difficultés à atteindre une condition économique plus favorable – non seulement les personnes qui sont passées directement par le système carcéral, mais aussi le groupe d'individus qui les entourent, comme nous l'avons exposé précédemment. De cette façon, un cercle vicieux est généré, où ceux qui n'ont pas de ressources financières ont tendance à être les criminalisés,

⁴⁹⁹ Disponible sur <https://stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347InformaosociedadevF11.pdf>, consulté le 14/05/2025.

⁵⁰⁰ Disponible sur <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>, consulté le 14/05/2025.

ceux qui sont sélectionnés par le système pénal, et la marque générée par cette sélection collabore de manière décisive pour qu'ils continuent à être socialement exclus.

On peut donc voir que – aussi paradoxal que cela puisse paraître, puisque les garantistes eux-mêmes soutiennent que de nombreux problèmes combattus par le droit pénal ne peuvent être résolus qu'avec une plus grande justice sociale – le garantisme pénal, dans notre pays, contribue à perpétuer les inégalités économiques et sociales, car, dans la pratique, elle ne s'applique pas à tout le monde. C'est précisément parce que, comme nous l'avons expliqué précédemment, lorsque les garanties constitutionnelles ne sont pas garanties à tous les citoyens, leur caractère de certitude se perd et, de cette manière, les droits fondamentaux (en particulier en ce qui concerne le droit pénal) finissent par fonctionner comme une sorte de privilège auquel seule une partie de la population a un accès « garanti ». Il est donc clair que le garantisme s'inscrit dans la longue lignée des théories et des idéologies, importées par les penseurs nationaux, mais qui ont acquis ici un sens nouveau, collaborant davantage au maintien des structures fondamentales de notre société qu'à sa transformation.

Il est clair que ce tableau, dans notre pays, dépasse les limites du droit pénal. Une situation similaire se produit en ce qui concerne plusieurs autres droits prévus par la Constitution, qui ne sont largement efficaces que pour ceux qui peuvent se prévaloir du pouvoir judiciaire, en particulier lorsqu'ils sont représentés par des avocats notoirement compétents. Citant, à titre d'exemple, les procès liés à l'évacuation de la localité connue sous le nom de « Pinheirinho », ainsi que l'opération d'expulsion des résidents de la zone, racontée par le défenseur public Jairo Salvador lors d'une audience publique⁵⁰¹. Cependant, c'est par rapport au droit pénal que les conséquences de ces disparités sont plus inquiétantes, précisément en raison de la stigmatisation laissée par l'emprisonnement dans la vie des citoyens qui, en plus d'importantes répercussions psychologiques, finit par contribuer à perpétuer les différences économiques, car cela rend encore plus difficile l'ascension sociale des individus criminalisés et de leur entourage.

⁵⁰¹ Disponible sur <http://www.youtube.com/watch?v=rqpe6zJH9Tk>, consulté le 06/04/2023.

7. CONCLUSION

Comprendre l'autoritarisme dans un contexte de crise de la modernité suppose de comprendre la modernité elle-même – ou, du moins, certains de ses principaux aspects. Par conséquent, dans un travail tel que celui réalisé ici, il est essentiel de prendre du recul et de commencer l'analyse par une étude des éléments fondamentaux pour cette période. La démocratie et la pensée rationnelle deviennent donc des objets centraux de réflexion, car elles constituent des héritages de l'Antiquité classique qui ont été extrêmement importants dans le développement de la dynamique de la modernité et qui, à ce moment-là, présentent de graves fissures. L'affaiblissement de la démocratie est mis en évidence par la montée du populisme dans diverses parties du monde. Dans le même temps, l'adhésion croissante au discours anti-scientifique et aux théories du complot démontre que la pensée rationnelle a également été remise en question.

La démocratie et la pensée rationnelle sont symboliquement réunies dans l'œuvre d'Hérodote, connu comme le père de l'histoire. En fait, il est impossible de comprendre la contribution grecque à la modernité sans comprendre le processus de développement de la pensée rationnelle. Il s'agit sans aucun doute aussi d'un processus de création d'une explication pour le monde. Même s'il existait déjà, pour ainsi dire, un ordre antérieur – la pensée mythique – il est indéniable que l'héritage grec a atteint le statut qu'il a parmi nous précisément parce qu'il a établi une nouvelle façon d'expliquer le réel, qui a jeté les bases de tout développement ultérieur de la pensée humaine. Cet héritage que nous avons reçu des Grecs de l'Antiquité a constitué le fondement de toute la construction de la pensée occidentale et du progrès scientifique ultérieur. Mais il est nécessaire de se rappeler que la pensée rationnelle est, en tant qu'explication du monde, un système qui met de l'ordre dans le chaos formé par la multiplicité des événements que nous vivons. C'est ce système qui a finalement abouti à la rationalité moderne. Il est donc essentiel de souligner que la crise de la modernité – ou, ce que nous considérons comme une expression équivalente, la crise de l'État – n'est pas seulement une crise des aspects de notre société qui ont émergé au cours de la modernité, mais une crise profonde et large.

Ainsi, on voit que parler de la *crise* de la modernité implique aussi de se demander si ce processus est vraiment une crise. Ce concept fait généralement référence à quelque chose

d'éphémère, à un problème spécifique ou à un changement soudain d'une situation. Bien que, d'un point de vue historique, l'idée de quelque chose de ponctuel puisse avoir une durée très différente que, par exemple, lorsqu'il s'agit de penser à la vie d'un être humain, il est nécessaire de réfléchir aux caractéristiques de cette prétendue crise. N'est-ce pas déjà un moment nouveau, caractérisé par l'instabilité ? Le contexte auquel nous assistons actuellement au niveau mondial se réfère, en fait, à une conception du chaos, qui suppose que les éléments des structures sociales soient en resignification constante, à partir de leurs bases. On perçoit donc que l'idée de crise, avec les limites de sa contingence inhérente, est difficile à soutenir, au niveau conceptuel, lorsque nous cherchons à expliquer une réalité mondiale d'événements de plus en plus forts, continus et interdépendants. C'est la raison principale pour laquelle nous ne pouvons pas être d'accord avec des approches qui voient dans certains mouvements erratiques d'importants dirigeants mondiaux la fin de la mondialisation ou un retour au modèle classique des États-nations. Lorsque nous abandonnons une vision qui tente de chercher, à tout prix, l'affirmation d'une crise dans le scénario actuel et que nous travaillons avec l'idée de chaos, nous nous rendons compte que ce type de mouvement est attendu, même si ses caractéristiques précises sont extrêmement difficiles à prévoir. Cependant, même en comprenant que la notion de chaos est mieux adaptée pour décrire la réalité actuelle que l'idée de crise, il est indéniable que la consécration doctrinale de cette dernière simplifie la compréhension et le débat des thèmes proposés.

Il y a plusieurs courants de penseurs qui travaillent dans une perspective de la crise de la modernité et de la crise de l'État moderne. La première d'entre elles est celle des auteurs qui soutiennent que nous vivons dans un contexte que l'on peut qualifier de post-modernité. Cela suppose une série de crises de valeurs fondamentales au cours de la modernité, telles que la crise de la souveraineté et la crise de la représentation. D'autres, même sans nier la plupart des concepts utilisés par les postmodernistes, comprennent que des aspects tels que l'augmentation des volumes de capitaux en circulation sur la planète, les agglomérations urbaines et leurs gigantesques métropoles, et l'échange constant et mondialisé d'informations en temps réel démontrent que nous n'assistons pas au dépassement de la modernité, mais, au contraire, à son exacerbation, dans un contexte que l'on peut qualifier d'hypermodernité. Nous comprenons, en effet, que la meilleure description de la période dans laquelle nous vivons nous est donnée par Jean Baudrillard qui, même s'il est généralement caractérisé comme postmoderniste, a des conceptions qui peuvent être associées à l'idée d'hypermodernité, puisqu'elles se réfèrent à l'exacerbation de l'une des caractéristiques frappantes de la modernité, qui est la consommation.

Baudrillard explique que le problème fondamental de la phase actuelle du capitalisme réside dans la contradiction entre la productivité pratiquement illimitée et la nécessité de commercialiser les produits. Il devient donc vital pour le système de contrôler non seulement l'appareil de production, mais aussi la demande des consommateurs. Cela ne signifie pas pour autant que les besoins sont le résultat de la production, mais plutôt que le système des besoins est le produit du système de production. En d'autres termes, il n'y a pas de production individuelle de besoins par rapport aux objets respectifs, mais plutôt la génération d'une force de consommation. Les besoins en tant que système sont très différents de la jouissance et de la satisfaction, puisqu'ils ne se réfèrent pas à la relation d'un individu à un objet, mais, au contraire, sont produits en tant qu'éléments du système. Mais ce que l'on pouvait d'abord considérer comme la marque de cette époque de la consommation – l'organisation généralisée d'un système de signes – a fini par s'effiloche. La consommation a atteint une telle dimension qu'elle a même perdu son caractère symbolique, non pas par manque d'importance, mais au contraire parce qu'elle a occupé l'espace de la réalité elle-même.

Nous nous permettons de répéter la formule déjà énoncée. Consommer n'est plus seulement acquérir ou utiliser quelque chose. Consommer est devenu communiquer quelque chose et, finalement, s'est confondu avec être quelque chose. Mais la simulation qui a commencé avec la consommation a pris des proportions beaucoup plus importantes. L'hyper-réalité, c'est ainsi que Baudrillard lui-même qualifie la société d'aujourd'hui, c'est le nouveau monde dans lequel nous vivons. Ce qu'il ne pouvait pas prédire, cependant, c'est que les réseaux sociaux deviendraient sa forme la plus claire. Ainsi, le détachement de la réalité (ou le remplacement de la réalité) dans les réseaux sociaux serait en réalité la concrétisation de la simulation décrite par le sociologue français. Il y a, bien sûr, une certaine ironie à parler de concrétisation quand on fait référence au monde virtuel. Mais c'est précisément la construction d'une autre réalité qui est, en même temps, entièrement numérique, mais qui peut être plus réelle que les éléments tangibles de notre vie, qui symbolise parfaitement le remplacement de la réalité conçue par Baudrillard – c'est donc un élément qui apporte du concret à une conception qui, pour beaucoup, est trop abstraite. C'est en même temps une sorte de dévoilement de la simulation qui, paradoxalement, au lieu de l'éliminer, ne fait que la renforcer.

C'est dans ce chaos hypermoderne et hyper-réel que nous vivons et, de toute évidence, le droit n'est pas inconsciente de cela. Les phénomènes juridiques et les courants interprétatifs qui sont plus ou moins acceptés dépendent directement du contexte sociologique

dans lequel ils surgissent et se développent. Elles dépendent aussi, bien sûr, des traditions de chaque pays et de l'indissociabilité de ces traditions avec les processus de décision adoptés. Par conséquent, lorsque nous réfléchissons au scénario juridique brésilien et que nous y percevons les reflets de notre tradition autoritaire, nous devons chercher des explications à travers ces paramètres. Tout d'abord, l'historiographie brésilienne révèle une tradition de greffes institutionnelles qui sont utilisées comme une forme de légitimation dans le contexte national. Tout au long de notre histoire, d'innombrables concepts ont été transplantés de pays à des stades de développement économique et social complètement différents et reproduits ici, sans se soucier de leur applicabilité à notre réalité sociale. Ce processus s'est déroulé en raison de la nécessité de légitimer nos institutions et non en raison d'un véritable souci de modifier nos structures sociales. Ainsi, la plupart des théories apportées ici n'ont pas servi d'outil de transformation de notre société, mais, paradoxalement, d'instrument de maintien du statu quo local, légitimant les structures sociales actuelles.

Il est pertinent de rappeler, à ce stade, qu'il n'y a pas d'intention de reproduire les concepts de greffes juridiques et institutionnelles énoncés par certains auteurs qui rapprochent trop l'expression de leur littéralité. En d'autres termes, la référence faite aux transplantations institutionnelles n'a pas pour but d'affirmer que ces concepts fonctionnent au Brésil comme dans leurs pays d'origine. En ce sens, on peut même dire qu'il n'y a pas de véritables transplantations juridiques ou institutionnelles, car dans tout type d'importation de concepts, il y aura toujours un processus d'adaptation aux conditions du pays qui reçoit cette norme ou cette institution. Ce qui différencie donc la tradition brésilienne de la greffe de concepts de toute autre transplantation institutionnelle, c'est précisément l'intention et l'ampleur des transformations des idées en question. La plupart des concepts transplantés au Brésil tout au long de notre histoire n'ont pas été adoptés ici avec l'intention que, même avec les adaptations nécessaires, ils puissent fonctionner d'une manière analogue au modèle qui a servi d'inspiration. Au contraire, ils ont été profondément transformés – parfois complètement déformés – afin de pouvoir servir leur objectif légitimateur.

Il est donc nécessaire de se demander : est-ce que cela se passe en droit ? Si oui, quels concepts ont été transplantés sur le territoire brésilien pour tenter de légitimer cette tradition autoritaire dans le système judiciaire ? Oui, le droit s'appuie également sur ces greffes et les deux principaux phénomènes juridiques qui sont actuellement utilisés pour légitimer la tradition autoritaire brésilienne et ses manifestations au sein du pouvoir judiciaire sont l'activisme judiciaire et la pratique du garantisme pénal.

La raison pour laquelle ce sont précisément ces deux phénomènes qui ont pris de l'importance au Brésil réside dans le contexte mondial mentionné ci-dessus. Tout d'abord, l'activisme judiciaire a gagné en force dans diverses régions du monde avec le renforcement relatif du pouvoir judiciaire en raison, entre autres facteurs, de la crise de la représentation, qui a affaibli le lien existant entre les citoyens et les élus. Il convient de noter que ce contexte a favorisé à la fois la judiciarisation de la politique, avec l'augmentation des questions tranchées par le pouvoir judiciaire, et l'activisme judiciaire, justifié par beaucoup comme une tentative de surmonter le positivisme juridique. À son tour, le garantisme est l'une des théories qui soutient une défense cohérente des droits de l'homme/droits fondamentaux⁵⁰², dans un processus de renforcement étroitement lié à la crise de souveraineté qui, en particulier en ce qui concerne les droits de l'homme, a pris une grande importance après la Seconde Guerre mondiale. Il s'agissait donc de concepts connus dans plusieurs pays, qui pouvaient être invoqués au Brésil pour justifier divers comportements. Cela clarifie la raison pour laquelle ces phénomènes ont été transplantés sur le territoire brésilien, mais ne fournit pas encore d'explication sur la façon dont ils en sont venus à fonctionner ici.

En fait, l'activisme judiciaire et le garantisme pénal fonctionnent ensemble au Brésil. C'est à travers des postures activistes – c'est-à-dire des juges qui jugent en fonction de leurs convictions personnelles – que les décisions autoritaires sont prises et raisonnées. Il est évident, cependant, que la plupart des décisions ne sont pas ouvertement fondées sur des arguments moraux. Il y a presque toujours un « habit juridique » dans ce qui est présenté. Des extraits doctrinaux, tirés des œuvres de grands auteurs, servent de fondement, sans aucun souci de cohérence entre ce qui est décidé et la pensée de l'auteur utilisée. Ou, ce qui est plus courant, une pondération des valeurs constitutionnelles supposément impliquées est effectuée – et celui qui « choisit » les principes en conflit apparent est, bien sûr, le magistrat – sans le soin méthodologique nécessaire pour procéder à une véritable pondération entre les principes. Dans ce dernier cas, on fait appel à un principe à haut degré d'abstraction, capable de s'adapter à n'importe quelle décision.

L'activisme judiciaire est également défendu par beaucoup comme un moyen d'atténuer l'inertie des autres pouvoirs. Dans un pays où l'opinion générale de la population sur le pouvoir législatif est assez négative, les décisions des juges qui dépassent les limites

⁵⁰² Même si le garantisme de Ferrajoli soutient la positivisation des droits à l'intérieur de chaque pays – et, par conséquent, est plus clairement lié à la défense des droits fondamentaux qu'à une logique de protection internationale des droits – il ne fait aucun doute que la centralité du débat sur les droits de l'homme a mis en lumière diverses positions en faveur de la défense des droits fondamentaux.

sémantiques des textes normatifs ne sont peut-être pas perçues par beaucoup comme quelque chose de mauvais. De plus, il ne fait aucun doute qu'il y a, chez beaucoup de juges qui adoptent cette posture, la volonté de résoudre les problèmes existants dans notre société. Cependant, sa performance ne cesse pas d'être autoritaire. Or, la fonction publique – comme celle du magistrat – est structurée pour fonctionner dans le cadre d'un certain nombre de compétences. Les dépasser implique de nuire aux affaires publiques et va à l'encontre de la logique qui justifie l'existence même de la fonction. Il convient donc de répéter qu'il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire dans la fonction du juge. C'est plutôt à ces derniers de décider en fonction de ce que le système juridique détermine pour chaque cas. Le magistrat qui décide sur la base de critères moraux, même s'il donne une apparence juridique à sa décision, crée sa propre loi et subvertit l'ordre constitutionnel qu'il est tenu de respecter.

Cela ne se produit qu'en raison de l'absence d'une théorie de la décision judiciaire ou de tout paramètre pouvant garantir la cohérence et l'intégrité du droit. De même, ce sont les raisons qui permettent une application profondément contradictoire du garantisme pénal au Brésil. Les principes du garantisme énoncés par Ferrajoli ou d'autres auteurs célèbres de cette ligne sont utilisés pour soutenir l'acquittement dans les affaires impliquant des accusés à fort pouvoir d'achat ou issus de segments sociaux spécifiques, tandis que ces mêmes principes sont complètement ignorés lorsqu'il s'agit d'autres accusés, qui ne peuvent pas se permettre une défense cohérente devant les tribunaux. Il convient donc de souligner que la critique formulée dans le présent travail ne vise pas la production théorique construite dans ce courant de pensée, mais plutôt sa transposition à la réalité brésilienne sans tenir compte des spécificités de notre développement socioculturel et des différences matérielles existant entre le Brésil et les pays dans lesquels la théorie a été produite et consolidée. Cela signifie que les principes du garantisme pénal servent souvent ici à justifier rationnellement l'impunité d'une petite partie de la population, au lieu de garantir à chacun la réalisation de ses droits constitutionnellement garantis.

Ainsi, bien qu'il y ait plusieurs dispositions dans notre Constitution qui garantissent un système pénal d'un modèle garantiste, conceptuellement, nous ne pouvons pas dire qu'il y a vraiment des garanties dans notre droit pénal, puisque, n'étant pas en fait garantis pour tous les citoyens, les droits prévus par la Constitution perdent leur caractère de certitude, nécessaire à la configuration de toute garantie. Précisément parce qu'ils ne sont pas garantis à tous les citoyens, quel que soit leur milieu social, les droits prévus par la Constitution en matière pénale fonctionnent comme une sorte de privilège, servant, contradictoirement, à perpétuer les mêmes structures sociales et les mêmes inégalités économiques, puisqu'ils

favorisent l'internement dans le système carcéral des individus issus des secteurs les moins favorisés de la population. Et la stigmatisation laissée par la prison fait que ces citoyens, ainsi que le groupe d'individus qui les entourent, ont encore moins de chances de s'élever socialement.

Ainsi, il est important de souligner que nous ne préconisons pas un durcissement du système pénal brésilien, car, comme nous l'avons mentionné précédemment, la réduction de la violence passe nécessairement par des mesures visant à renforcer la justice sociale. Ce qu'il faut clarifier, c'est que la manière dont le garantisme pénal est appliqué au Brésil contribue au maintien des mêmes structures sociales. Mais, plus que cela, l'application sélective des principes des garanties pénales contribue même à accroître les inégalités, puisque la marque d'être déjà passé par le système carcéral, le stigmate de l'ex-détenu, pèsera plus fréquemment sur les plus pauvres, ce qui contribuera à ce qu'ils soient toujours en marge de la société. En suivant le même raisonnement, il faut se rendre compte que – si la violence est liée à l'inégalité sociale et, aussi, si la manière dont les principes du garantisme sont appliqués dans notre pays contribue à la légitimation et au maintien de cette inégalité – il est évident que la pratique du garantisme pénal au Brésil contribue à la perpétuation de la violence elle-même. En bref, lorsque les droits prévus par la Constitution ne sont pas garantis de manière uniforme à tous les citoyens, non seulement les principes sur lesquels repose le garantisme pénal perdent de leur valeur, mais leur application déformée finit par concourir à la préservation des caractéristiques de la société contre lesquelles sont dirigées les principales critiques des auteurs qui travaillent dans ce domaine.

Même après avoir compris les raisons de la greffe de concepts, ainsi que les raisons pour lesquelles l'activisme judiciaire et le garantisme pénal sont quelques-unes des idées qui ont gagné en pertinence au cours des dernières décennies dans le paysage juridique brésilien, nous devons encore nous rappeler comment cette rationalité fonctionne au sein des institutions. Nous sommes donc partis de la notion de pouvoir relationnel chez Foucault, dans le sens où il n'y a pas de *pouvoir*, mais seulement des relations de pouvoir. Il existe cependant des structures de nature permanente sur lesquelles ces relations se développent, comme, par exemple, le pouvoir judiciaire. Cette absence de pouvoir appropriable fait que les relations qui se construisent au sein des organisations et entre elles se font avec plus de dynamisme. Les individus et les institutions agissent constamment pour que leur capacité d'action et d'influence soit maintenue et améliorée. De plus, il existe un important déficit de transparence dans la manière dont les relations de pouvoir se développent, notamment dans certains

environnements, ce qui contribue à la construction d'une série de concepts erronés sur le fonctionnement des différentes entités publiques et privées de la société.

Ainsi, tous les éléments principaux qui forment ce que nous avons convenu d'appeler, dans cette thèse, l'autoritarisme relationnel ont été énoncés. Il représente les caractéristiques de la tradition autoritaire au Brésil, se constituant comme un ensemble de relations qui, en pratique, prive d'un accès effectif à la citoyenneté une grande partie d'individus qui ne sont pas insérés dans certains cercles sociaux – qui peuvent être liés à divers facteurs, tels que l'origine sociale ou la condition économique – tout en cherchant à se légitimer à travers un discours basé sur des références aux idées en vogue dans les grands centres de production culturelle du monde. En ce qui concerne plus spécifiquement le contexte juridique, cet ensemble de relations définit souvent le traitement qui sera reçu par l'individu au sein du système judiciaire.

L'autoritarisme relationnel est structuré sur la tradition susmentionnée de transplantation de concepts dans le but de légitimer le statu quo. Même s'il est important de noter que dans tous les processus historiques, il y a eu des personnes légitimement intéressées à transformer la réalité sociale par l'utilisation de concepts étrangers, cela n'a jamais été la raison de l'existence des greffes et du succès apparent de certains concepts au Brésil. L'objectif des élites locales a toujours été l'utilisation pragmatique de concepts consacrés dans d'autres pays uniquement pour justifier leurs privilèges, en apportant le moins de changements effectifs possible dans la dynamique sociale existante sur le territoire brésilien. C'est pourquoi, bien que nous comprenions que l'autoritarisme relationnel, avec quelques adaptations, peut être appliqué à d'autres contextes, la construction faite dans ce travail se réfère spécifiquement à la réalité brésilienne. Nos aspects historiques sont essentiels pour comprendre la formation de cette particularité de l'autoritarisme, qui ne se réfère pas spécifiquement à un régime, mais à une tradition. C'est parce que nos caractéristiques historiques et sociologiques rapprochent nos manifestations autoritaires beaucoup plus de la rationalité de notre autoritarisme relationnel que d'un régime politique spécifique. Par conséquent, cette tradition autoritaire est présente à la fois dans les périodes démocratiques et dans celles des régimes autoritaires de l'histoire brésilienne. En même temps qu'il maintient une logique autoritaire dans le premier, il recherche aussi une sorte de « légitimité démocratique » dans le second.

La tentative de caractériser l'Estado Novo comme une « démocratie autoritaire », en plus d'être probablement le cas le plus symbolique de la tradition brésilienne de transplantations et de modifications profondes des concepts, est aussi l'exemple le plus clair

que, même dans les périodes autoritaires de l'histoire brésilienne, il était courant de chercher des références à la démocratie capables de donner un certain degré de légitimité au régime. D'autres manifestations en ce sens ont été le maintien du fonctionnement du Congrès national pendant la dictature militaire, entre 1964 et 1985⁵⁰³, et la référence expresse, dans le préambule du AI-5, à la garantie d'un « ordre démocratique, fondé sur la liberté, sur le respect de la dignité de la personne humaine ». ⁵⁰⁴ Il est donc clair que l'autoritarisme est aussi un phénomène qui a besoin d'une légitimation rationnelle. Au Brésil en particulier, le jeu complexe des relations sur lequel est structuré l'autoritarisme relationnel rend essentiel l'utilisation d'instruments de justification pour apporter une explication rationnelle aux éléments qui soutiennent la logique d'inégalité du pays. Ces instruments sont également fondamentaux dans les périodes démocratiques, car l'autoritarisme relationnel continue d'être présent dans la société. Cependant, comme il n'y a pas de questions significatives sur l'existence d'un régime démocratique au Brésil⁵⁰⁵ aujourd'hui, des arguments plus élaborés ne sont pas nécessaires pour défendre que nous vivons dans une démocratie. Cependant, les questions sur les décisions qui dépassent les limites sémantiques de notre ordre constitutionnel sont constantes, ainsi que les critiques sur la différence de traitement reçu, lorsqu'ils sont accusés dans le cadre d'enquêtes ou de procédures pénales, par des représentants des secteurs privilégiés de la société et par ceux qui font partie de groupes marginalisés.

Ce n'est pas pour une autre raison qu'à l'heure actuelle, l'autoritarisme est légitimé par des concepts tels que l'activisme judiciaire et le garantisme pénal, comme il cherchait autrefois à être validé dans l'idée de « démocratie autoritaire ». L'autoritarisme relationnel est présent aujourd'hui comme il l'était auparavant, parce que les régimes politiques se succèdent, mais notre tradition demeure. Défendre la posture des magistrats qui décident en fonction de leurs valeurs morales, ignorant le système juridique, en tant que mouvement qui cherche à dépasser le positivisme juridique, ou encore légitimer l'inégalité évidente de traitement accordée par le pouvoir judiciaire aux différents segments de la société, en fondant ses

⁵⁰³ Le Congrès national a été fermé à quelques reprises, mais ses activités ont continué pendant la majeure partie de cette période, bien qu'avec une capacité considérablement réduite.

⁵⁰⁴ Document disponible sur <<https://www.ibrade.org/wp-content/uploads/2018/06/Ato-Institucional-5-de-13-de-dezembro-de-1968.compressed.pdf>>, consulté le 08/11/2025. L'acte institutionnel n° 5 (AI-5), du 13 décembre 1968, a inauguré la période de plus grande fermeture de la dictature militaire au Brésil.

⁵⁰⁵ Bien que des interrogations subsistent à différents niveaux de l'échiquier politique, certaines voix de gauche remettent en cause le caractère démocratique du pays, en raison de son acceptation totale de la logique du marché et de la dépendance du pouvoir politique à l'égard du pouvoir économique. D'autre part, les électeurs d'extrême droite affirment que le Brésil subit une « dictature du Tribunal suprême fédéral » en raison de décisions défavorables aux alliés de l'ancien président Jair Bolsonaro.

décisions sur les préceptes théoriques du garantisme pénal pour les uns et en ignorant complètement ces mêmes principes par rapport aux autres, sont des arguments analogues à ceux qui, à l'époque de l'Estado Novo, défendaient un régime autoritaire, arguant qu'il s'agissait d'un type de démocratie. Tous sont des manifestations de notre autoritarisme relationnel, à la recherche de la légitimité nécessaire pour chaque période historique.

Il est donc nécessaire d'abandonner l'idée que l'autoritarisme brésilien n'est qu'un « vestige de la dictature militaire ». L'autoritarisme relationnel au Brésil est une tradition qui se maintient à l'intérieur et à l'extérieur des dictatures, ne changeant que sa présentation et les instruments de légitimation. Aujourd'hui, les concepts apportés au Brésil ne se réfèrent pas au régime politique lui-même, mais plutôt à des manifestations plus spécifiques, et dans le contexte juridique, les plus pertinents sont l'activisme judiciaire et le garantisme pénal, non pas parce qu'ils sont les plus capables d'apporter une transformation sociale efficace, mais, au contraire, parce qu'ils se sont avérés plus adéquats pour le maintien de nos structures sociales, à la fois parce qu'ils ont des caractéristiques qui en ont fait des phénomènes connus dans plusieurs pays – et, par conséquent, ont pu générer, dans une certaine mesure, la validation recherchée – et par rapport à des faits internes qui avaient besoin de légitimation.

BIBLIOGRAPHIE

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABREU, Luciano Aronne de. Estado Novo: Autoritarismo e Conciliação Política. **Justiça & História** (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010.
- ABREU, Luciano Aronne de. **Autoritarismo e democratismo**: uma leitura do Estado Novo. In: IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre.
- ABREU, Luciano Aronne de. O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937. **Revista Estudos Históricos**, vol. 29, n. 58, p. 461-480, 2016.
- ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, Vol. 120, p. 1737-1812, 2007.
- ALEXY, Robert, **Teoria discursiva do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ARENDT, Hannah. **Da revolução**. São Paulo: Ática em coedição com a Universidade de Brasília, 1988.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- ARISTOTE. **Poétique**. Trad. de J. Hardy. Paris: Gallimard, 1996.
- ARISTOTE. **La Politique**. Trad. de Pierre Pellegrin. Paris: Editions Flammarion, 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro . Vol. 2, N. 21 (2012).
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista [Syn]Thesis. Rio de Janeiro . Vol. 5, N. 1 (2012), p. 23-32.
- BAUDRILLARD, Jean. **L'échange symbolique e la mort**. Paris: Editions Gallimard, 1976.
- BAUDRILLARD, Jean. **Oublier Foucault**. Paris: Editions Galilée, 1977.
- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacres e simulation**. Paris: Édition Galilée, 1981.
- BAUDRILLARD, Jean. **La société de la consommation**: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.
- BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Org. Tomaz Tadeu. 3ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador. Março/abril/maio 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1 - Parte Geral, 23ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, o ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Campus: 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOUCOBZA, Isabelle. *La théorie du droit illégitime et les garanties des droits fondamentaux dans l'œuvre de Luigi Ferrajoli*. HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux.**, Éditions Kimé, pp.41-60, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **Langage e pouvoir symbolique**. Paris: Editions du Seuil, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Sur la télévision**. Paris: Éditions Raisons d'Agir, 1996.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 941940 / PB. Relator: Jorge Mussi. DJe 16/11/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700841625&dt_publicacao=16/11/2010. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 137349 / SP. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. DJe 30/05/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901010385&dt_publicacao=30/05/2011. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 149250/SP. Relator: Adilson Vieira Macabu. DJe 05/09/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901925658&dt_publicacao=05/09/2011. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 126.292. Relator Min. Teori Zavascki DJE 07/02/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Embargos Infringentes 1.0024.02.810824-9/003. Relator Nicolau Maselli. DJ 11.04.2008. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CDA4D7062AC6777B2EC73022DE14BDE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.02.810824-9%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 29/07/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70044378354.

Relator: Genacéia da Silva Alberton .DJ 04/07/2012. Disponível em

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70044378354&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70048499164.

Relator: Naele Ochoa Piazzeta. DJ 19/07/2012. Disponível em

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70048499164&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Apelação Criminal nº

2002.70.03.000849-8. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 18/04/2007. Disponível em

https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1427923. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 0005475-

02.2011.404.0000. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 13/09/2011. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244169. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 2007.04.00.017910-9.

Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 09/04/2008. Disponível em

https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1785031. Acesso em 30/07/2023.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.), **Desafios do direito internacional contemporâneo**, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996.

CANFORA, Luciano. *El Ciudadano* In VERNANT, Jean-Pierre. (Org.) **El Hombre Griego**. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État postmoderne**. 6ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Garantismo à brasileira: uma análise crítica da aplicação do princípio da insignificância. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Vol. 61, n. 3, p. 165-187, 2016.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **A (in)transparência dos direitos fundamentais: das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **La nouvelle raison du monde: Essai sur la société néolibérale**. Paris, La Découverte, 2010.

DELEUZE Gilles, **Les sociétés de contrôle**. EcoRev', 2018/1 (Nº 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DETIENNE, Marcel. **Os Mestres da Verdade na Grécia Arcaica**. Rio de Janeiro: Zahar, s/d.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo Faoro. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Vol 1. 13ª ed. São Paulo: Globo, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-56, 2012.

FINLEY, Moses I. **Democracia Antiga e Moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FINLEY, Moses I. **Uso e Abuso da História**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la folie à l'age classique**. Paris: Éditions Gallimard, 1976.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir**. Paris: Éditions Gallimard, 1976.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité II. L'usage des plaisirs**. Paris: Éditions Gallimard, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité III. Le souci de soi**. Paris: Éditions Gallimard, 1984.

FOUCAULT, Michel. **L'archéologie du savoir**. Paris: Éditions Gallimard, 1969.

FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses: Une archéologie des sciences humaines**. Paris: Éditions Gallimard, 1966.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

FOUCAULT, Michel. **O Sujeito e o poder**. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: Naissance de la prison**. Paris: Éditions Gallimard, 1975.

FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative. **International journal of constitutional law**, Vol. 4, n. 3, p. 439-459, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Ordem e progresso**. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GAUTHIER, Alain. **Jean Baudrillard: une pensée singulière**. Paris: Éditions Lignes, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: da UNESP, 1991.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**, 4ª Ed. São Paulo: LTC, 1989.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HALPERIN, David. **Oublier Foucault. Mode d'emploi**, traduit de l'américain par Isabelle Châtelet, Paris, EPEL, 2004.

HARTOG, François. **Le Miroir d'Hérodote: Essai sur la représentation de l'autre**. Paris: Folio Histoire, 2001.

HARTOG, François. **Os antigos, o passado e o presente**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

HARTOG, François. **Os antigos, o passado e o presente**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

HERÓDOTO. **História**. Introdução e tradução de Mário da Gama Kury. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

HÉRODOTE. **Histoires**. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso**. 5ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

HOMERO. **Ilíada**. Trad. Trajano Vieira. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2020.

HUMPHREY, John William; OLESON, John Peter; SHERWOOD, Andrew Neil. **Greek and Roman technology**. Abingdon: Routledge, 1997.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’. **California Law Review**, Vol. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: Oxford University Press 1995.

LANE, Richard J. **Jean Baudrillard**. London, Routledge, 2000.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. **Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo**. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021.

LEGRAND, Pierre. **Le Droit Comparé**. 5e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.

LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.

LEGRAND, Pierre. **Pour la relevance des droits étrangers**, IRJS Éditions, 2014.

LEONELLI, Ludovic. *Jean Baudrillard e Matrix: désaccord parfait*. In PENOT-LACASSAGNE, Olivier. **Back to Baudrillard**. Paris: CNRS Éditions, 2015.

LIMBERGER, Têmis. BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. **Les Temps Hypermodernes**. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol 1. 7ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal – Introdução crítica**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR. Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Las generaciones de derechos humanos**. In Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 39-74, out./dez. 2014.

LYOTARD, Jean-François. **La condition postmoderne: rapport sur le savoir**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.

MALEM SEÑA, Jorge F. **Los jueces: ideología, política y vida privada**. 1 ed. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização: as categorias do tempo**. São Paulo: da UNESP, 1995.

MARRAMAO, Giacomo. *Sobre a síndrome populista: a deslegitimação como estratégia política*. **EXILIUM Revista de Estudos da Contemporaneidade**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 191–208, 2021. DOI: 10.34024/exilium.v1i2.12227. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/exilium/article/view/12227>. Acesso em 28/03/2024.

MARRAMAO, Giacomo. **Universais em Conflito: Identidade e Diferença na era Global**. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 1. ed em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **O entulho autoritário era estoque**: o regime nascido da Constituição de 1988 não apenas incorporou práticas da ditadura, mas criou formas novas de autoritarismo. Quatro Cinco Um. [São Paulo]: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://laut.org.br/o-entulho-autoritario-era-estoque/>. Acesso em: 01 jul. 2025, 2020.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

MOMIGLIANO, Arnaldo. **La Historiografia Grieca**. Barcelona: Editorial Crítica, 1984.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De l'esprit des lois**. Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995.

MOORE, J. M. **Aristotle and Xenophon on Democracy and Oligarchy**. Los Angeles: University of California, 1986.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

NABLI, Hamdi. **Foucault e Baudrillard: La fin du pouvoir**. Paris: Ed. L'Harmattan, 2015.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. 2ª ed. Niterói: Eduff, 2012.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NUNES, António José Avelãs. **O estado capitalista e as suas máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: *O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 83–112, 2000.

PEREIRA LIMA, Danilo. **Constituição e poder: limites da política no Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?**. Barcelona: Gedisa, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teledemocracia, ciberciudadania y derechos humanos*. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 2, 2014 p. 8-46.

PESCHANSKI, Catherine. **Le Discours du Particulier**. Paris: Éditions du Seuil, 1987.

PHILIPPE, Xavier. La légitimation constitutionnelle des démocraties. *Pouvoirs*, 2019/2 n° 169, 2019. p. 33-45.

PINÇON-CHARLOT, Monique. **Les Riches contre la planète: Violence oligarchique et chaos climatique** Paris, Editions Textuel, 2025.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em <

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>> acesso em 24/03/2023.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Vol. 6, n. 2, p. 142-154, 2014.

Pirenne-Delforge, Vinciane. **Le polythéisme grec à l'épreuve d'Hérodote**. Paris: Les Belles Lettres, 2020.

PONTHOREAU, Marie-Claire. **Le piège territorial en droit et par le droit**. Paris: Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**, 30ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: colônia e império**. 13ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

RAMOS, Alberto Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho**. Local: J.M. Bosch, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **Os brasileiros: Teoria do Brasil**. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

ROBERTSON, Roland. *Glocalization: time-space and homogeneity-heterogeneity*. In: Featherstone, M., Lash, S. and Robertson, R., Eds., **Global Modernities**, London: Sage Publications, 25-44.

RODOTÀ, Stefano, **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.

ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997.

ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme**. Histoire, théorie, critique. Paris: Seuil, 2020.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation**. Paris, Éditions du Seuil, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROUSSEL, Denis. **Les Historiens Grecs**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

RUNCIMAN, David. **The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2007.

SANTOS, Rogerio Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro**, Vol. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Buenos Aires: Taurus, 1998.

SANTOS, Rogerio Dutra dos. Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política. **Revista Sequência**, n. 61, p. 273-307, dez. 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Prevencionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, a. 4, n. 14, 2004.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Ricardo. Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna. **Revista Sociologias**, ano 10, n. 20, p. 238-269, 2008.

SIMONDON, Michèle. **La Mémoire et L'oubli**. Paris: Les Belles Lettres, 1982.

SNOWDEN, Edward. **Eterna Vigilância**: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020, p. 139.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. *Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas*. In STRECK, Lenio, ENGELMANN, Wilson, ROCHA, Leonel Severo. **Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica Nº 09** - Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *O que é isto “o novo que pede passagem” do TRF4 e Joaquim Falcão*. In PRONER, Carol, **Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4**. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

TARUFFO, Michele. **La Motivacion de la Sentencia Civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, Vol. 8, n. 1, p. 037-058, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *O caos como conceito jurídico-constitucional em um contexto de crises multissetoriais e sistêmicas*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 21, n. 33, p. 59-71, jan./jun. 2023.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel : au-delà des états d'exception*. **Questions constitutionnelles** - revue de droit constitutionnel. 2024, 1-18.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Constitucionalismo transnacional: história, ontologia, epistemologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2025.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Liberdade e Necessidade em Hobbes*: Reflexões sobre o livre arbítrio nas origens do Estado moderno. **Veritas** (Porto Alegre), 64(3), e33126. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2019.3.33126>.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Quod omnes tangit**: transnational constitutions without democracy?, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088, acesso em 19/01/2024.

THOREAU, Henry. **Desobedecendo**, Rio de Janeiro: Rocco. 1984.

VERNANT, Jean-Pierre. Esboços da Vontade na Tragédia Grega. In VERNANT, Jean-Pierre & VIDAL-NAQUET, Pierre. **Mito e Tragédia na Grécia Antiga**. São Paulo: Perspectiva, 1999.

VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. 3ª ed. São Paulo: Difel, 1981.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **O idealismo da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **O ocaso do Império**. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016.

WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative literature**. 2ª. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993.

WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH. H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). **Max Weber – Ensaios de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, p. 55-89, 1982.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.