

LA RÉGULATION DE LA POLITIQUE BRÉSILLIENNE PAR LE JUGE ELECTORAL : LE CAS DES COALITIONS VERTICALES

Felipe GALLO DA FRANCA¹

Leonardo ANTONACCI BARONE SANTOS²

« Le droit de plus en plus saisit les partis politiques »³ affirma Dominique Rousseau, professeur de Droit Constitutionnel à la Sorbonne lors d'une table ronde organisé avec la collaboration de l'Association Française de Droit Constitutionnel. La constatation du professeur n'est pas valable uniquement pour le droit français mais aussi pour le brésilien et correspond à une tendance globale.

La saisine des partis politiques par le droit veut dire que les activités politiques et partisans des ceux-là sont encadrées par les règles juridiques qui indiquent leur possibilités et les soumet au juge. Pour cela et pour d'autres raison, on peut observer la judiciarisation de la politique et l'exercice d'un véritable rôle politique du pouvoir judiciaire, à la mesure où il a la capacité de changer les règles du jeu politique, ce que souvent aboutisse pour restreint les libertés politiques.

Au Brésil les partis politiques portent un statut et régime juridique qui lui est propre et différent des associations civiles, malgré sa nature associative comme détermine la Constitution de 1988. Depuis la démocratisation des années 1980, les partis ont reçu des régulations portant sur l'organisation interne, le pouvoir disciplinaire, le financement, les coalitions, les candidats, la propagande enfin sur tous les champs d'actuation. Le choix d'un statut juridique tellement règlementé comme le brésilien ouvre portes pour la judiciarisation de leurs activités politiques et partisans internes et externes.

Ce phénomène de saisine par le droit est vu dans l'attribution des pouvoirs à un juge électoral. Le Brésil adopte depuis 1930 un ordre juridictionnel électoral spécialisé, composé par les juges singuliers à la base, les Tribunaux Régionaux Électorales (TRE) à seconde instance et le Tribunal Supérieur Électoral (TSE) au sommet.

¹ Avocat au Brésil. Diplômé en Droit (Bac+5) par l'Université Fédérale de Minas Gerais (Brésil), ayant réalisé des études à Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Allemagne).

² Étudiant à Droit (Bac+4) à l'Université Fédérale de Minas Gerais (Brésil) et à l'Université Paris I –Panthéon-Sorbonne (2016-2017).

³ Dominique Rousseau « Les partis saisi par le droit ? », dans Julie Benetti, Anne Levade, Dominique Rousseau (dir.), **Le droit interne des partis politiques**, Paris, Mare & Martin, 2017, p. 169.

Au-delà de ses compétences contentieuses en premier et/ou dernier ressort, le TSE est responsable aussi pour l'élaboration de normes réglementaires sur l'administration des élections et l'application du droit électoral. Ainsi, le tribunal peut mettre en place des « résolutions » qui ne sont qu'un règlement d'exécution de normes légales, aussi bien que des règlements qui sont la réponse du TSE à une « consultation », une saisine non-contentieuse d'un parti politique ou d'une autorité sur un doute abstraite de l'application du droit électoral.

Ces instruments permettent au tribunal de réguler tous les enjeux politiques et partisans, surtout vu l'extension de la législation électorale. Les consultations en spéciale parce qu'elles sont émises *in abstracto* et en avance aux élections. Ce pouvoir de saisine de la politique toutefois doit être examiné avec prudence car il permet au TSE d'interférer dans la compétition politique de façon très rapide, parfois peu avant le processus électoral, sans la possibilité de recours au Suprême Tribunal Fédéral (STF), le juge constitutionnel, et plutôt sans l'avis des partis politiques ou d'autres acteurs.

Cela était très évident lors de l'élection présidentielle de 2002, pourvu qu'une consultation imposa une restriction très forte aux coalitions électorales qui n'existait pas dans le texte de la loi applicable. Cette décision eut lieu quelques mois avant le début du processus électoral – dans un délai que ni même le parlement aurait pu modifier les règles électorales – et bouleversa tout le champ politique en empêchant la complète liberté de faire coalitions.

La saisine de la politique par le droit est très présente au Brésil et aussi observable dans d'autre pays. Elle représente la conséquence juridique d'une vague d'aversion pour la politique qui amène le juge à créer un « droit électoral maximale » qui contienne les politiciens et soumette au contrôle du juge. Alors, le droit électoral sera l'instrument de circonscription des activités partisans, ce qui est bien approuvé par la population, quoique cela soit préjudiciel à la démocratie.

Il s'agissait et s'agit toujours d'un pouvoir si fort exercé tout seule par le juge électoral sans l'existence d'un contre-pouvoir juridictionnel, politique ou législative que soit autant fort, étendu et vite. Dans ce cas (et d'autres), le juge électoral a changé les règles du jeu et restreint les libertés sans un contrepoint.

Il sera exposé d'abord le fonctionnement des consultations – notamment du point de vu de la doctrine – et son rôle dans la mise en œuvre de la réglementation de la politique (I). Ensuite, cet enjeux sera démontré à travers du cas de la prohibition de « coalitions verticales » en 2002, qui sera après encadré dans un contexte structural sur le droit électoral (II).

I – LA RÉGULATION DE LA POLITIQUE PAR LE BIAIS DES CONSULTATIONS

La politique brésilienne est fortement régulée, soit par la loi, soit par le juge. Ce dernier met en œuvre sa participation par le biais des consultations (A). Toutefois, la pratique de cet instrument de régulation démontre qu'il interfère fortement dans le jeu politique en changeant ses règles (B).

A – Le pouvoir de consultation du juge électoral

Le Tribunal Supérieur Électoral, si bien que organisé par la Constitution Fédérale, retire son pouvoir de consultation du Code Électoral qui établit dans l'article 23, alinéa XII, que appartient au TSE de «répondre, en la matière électoral, aux consultations qui lui soient faites en thèse pour une autorité juridictionnelle, fédérale ou organe national de parti politique». Ce pouvoir est aussi délivré par la même loi aux Tribunal Régionaux Électorales, dont la réponse ne concerne que les activités régionales et dont le rôle politique est également critiquable.

La consultation ainsi peut être définie comme une procédure adoptée devant le TSE ou les TRE dans laquelle le juge répond à une question abstraite, en l'absence de litige, formulée par l'une des entités légitimées et dont la réponse n'est pas contraignante⁴. L'instrument des consultations, alors, possède la fonction de éclairer l'application de la législation électorale et renforcer la sécurité juridique, ce que profite à la légitimité des élections.

Le caractère le plus important et qui marque l'spécificité de la consultation dans le droit électoral (et brésilien) c'est que la réponse donné par le tribunal n'a pas de tout un caractère obligatoire au tribunal lui-même ou aux autres juges électoraux dans l'appréciation d'un cas concrète. Selon Eneida Salgado⁵, la consultation n'est même pas un acte juridictionnel et donc ne crée aucune norme juridique obligatoire. En fait, il trouve sa nature dans les actes administratifs énonciatifs, dont le but est d'exposer l'avis de l'administration des élections. Alors, elle n'oblige pas les administrés, ne peut pas être évoqué devant le juge et ne contraint pas une future décision du tribunal.

Toutefois, il est indéniable que la réponse à une consultation par le TSE influence beaucoup tous les décisions sur le thème car elle est chargée d'une force argumentative très pertinente, une fois qu'elle s'agit de l'interprétation du juge supérieur sur ladite question de droit. Ainsi, personne n'essaiera d'interpréter ou d'appliquer la loi dans un sens contraire à celui de la consultation parce que, en tout cas, le juge électoral serait saisi de la question et le candidat ou le parti politique courrait sérieux risques d'être

⁴ José Jairo Gomes, **Direito Eleitoral**, São Paulo, Ed. Atlas, 2016.

⁵ Eneida Désirée Salgado, **Princípios Constitucionais Estruturais do Direito Eleitoral**, thèse de Doctorat dirigée par Romeu Felipe Bacellar Filho, Universidade Federal do Paraná (Brésil), 2010.

sanctionné pour la non-observance de la loi, dont l'interprétation a été établie par la consultation.

Les consultations ainsi offrent une certaine force obligatoire qui sera observée dans la pratique politique et électorale. Tous les acteurs politiques vont suivre l'interprétation du tribunal, si bien qu'ils trouvent l'interprétation inconstitutionnelle ou disproportionnelle.

Étant donné que les consultations (initialement) n'ont pas l'aptitude de changer les règles applicables aux processus électorale, elles ne sont pas soumises au respect du principe de l'antériorité électorale prévu par l'article 16 de la Constitution. Ce principe indique que le législateur ne peut pas modifier la législation électorale à moins d'un an avant les élections. C'est-à-dire, les lois électorales promulguées à moins de 12 mois avant les élections ne lui sont pas applicables. Il s'agit là d'une protection aux libertés fondamentales contre tout changement casuistique⁶. Quand même, il existe une limitation temporelle aux consultations qui ne peuvent pas être répondues après le début du processus électoral sur questions qui peuvent avoir déjà eu lieu⁷.

Le pouvoir de consultation du juge électoral est un élément important dans le rôle du juge dans la gouvernance électorale brésilienne⁸. Selon Mozaffar and Schedler, la gouvernance électorale est « l'ensemble des activités qui créent et maintiennent le cadre institutionnel général dans lequel se déroulent le vote et la compétition électorale. Fonctionne à trois niveaux: l'élaboration des règles, l'application des règles et l'arbitrage des règles. »⁹ (*rule making, rule application et rule adjudication*).

Ainsi, on observe la présence du juge électoral dans tous les moments de la gouvernance. Au premier niveau, le *rule making* est partagé entre le Parlement (à travers de la Constitution et la loi) et le juge électoral qui répond aux consultations, lui permettant de exercer son rôle dans le montage du système politique. Puis la justice électorale sera la seule responsable pour organiser les élections (*rule application*) et, enfin, pour juger tous les demandes (*rule adjudication*). Le pouvoir judiciaire alors occupe une place centrale et dominante dans la gouvernance électorale ce qui est encore favorisé par son pouvoir règlementaire et par les consultations.

Malgré l'importance du juge électoral dans le fonctionnement des élections, son pouvoir de régulation de la politique par le biais des consultations est assez fort pour interférer dans le champ politique et déséquilibrer la séparation des pouvoirs. Souvent,

⁶ Supremo Tribunal Federal, Assemblé Plenièrè, 22 mars 2002, *Ordem dos Advogados do Brasil vs. Congresso Nacional*, **ADI 3685-8/DF**.

⁷ Tribunal Superior Eleitoral, Assemblé Plenièrè, 26 aout 2014, Partido Trabalhista do Brasil (Consultant), **CTA 1.694**.

⁸ Vitor Marchetti, « **Governança eleitoral: o modelo brasileiro de justiça eleitoral** », Dados - Revista de Ciências Sociais, vol. 51, No.4, 2008.

⁹ Shaheen Mozaffar and Andreas Schedler, « **The Comparative Study of Electoral Governance: Introduction** », International Political Science Review, vol. 23, No. 1, 2002, p. 7.

le TSE extrapole les limites du texte légal pour lui attacher nouvelles obligations ou restrictions, tout cela sans le contre-pouvoir du parlement ou du juge constitutionnel.

B – L'interférence du pouvoir judiciaire dans le règles du jeu politique

Les consultations, en tant qu'instrument de fondement juridique du potentiel contentieux électoral, sont un nouveau thème à être discuté dans le débat sur la judiciarisation de la politique.

La doctrine classique sur ce sujet, dirigée par Vallinder et Ferejohn¹⁰, met souvent en cause l'impact d'une décision juridictionnelle sur les politiques publiques. Dans la plupart des traités sur ce sujet, on soutient que le pouvoir judiciaire n'a pas les concepts de gestion publique afin d'évaluer l'impact d'une décision sur le budget de l'Etat ou sur la société, par exemple. Toutefois, compte tenu de la large participation du pouvoir judiciaire dans le modèle brésilien de la gouvernance, la discussion sur la judiciarisation de la politique change de profil.

On ne met pas en cause les conséquences d'une décision sur le budget de de l'État, mais plutôt, l'impact du pouvoir judiciaire dans l'établissement des règles du jeu politique¹¹.

Tout ce processus, ces problèmes et ces critiques sont très clairement vus dans la justice électorale brésilienne et sont encore aggravés par la dominance du pouvoir judiciaire dans la gouvernance électorale.

Les critiques classiques de l'immiscion du pouvoir judiciaire dans la gestion publique sont pertinents au débat ici exposé. Le pouvoir judiciaire est généralement envisagé comme un organe impartial et indépendant de toute influence politique¹². Cependant, on demande si serait-il un pouvoir assez légitime en matière électoral pour surmonter le choix populaire (étant vu qu'il peut casser les candidatures) ou même pour revenir sur des décisions prise par les législateurs, comme dans le cas des coalitions électorales.

À la base, la doctrine remet en cause la portée et les limites constitutionnelles de l'office du juge électorale brésilien. On voit deux positions qui se disputent: la première soutient que le tribunal électoral ne doit exercer que les opérations concernant la gestion des élections, en s'éloignant des décisions plus sensibles. L'autre courant se positionne pour une action plus audacieuse en soutenant que la justice électorale doit être que l'équilibre nécessaire pour ajuster le système électoral et assurer des élections

¹⁰ Par exemple, John Ferejohn, **Judicializing Politics Politicizing Law**. Law and Contemporary Problems, Durham, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer, 2002.

¹¹ Vitor Marchetti, Rafael Cortez. **A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais**. Opinião Pública, Campinas, vol. 15, n° 2, Novembro, 2009, p. 422-450

¹² A.W Heringa, PH. Küver. **Constitutions Compared, And Introduction to Comparative Constitutional Law**, Second Edition, 2009, Intersentia Antwerp- Oxford- Portland.

libres et équitables¹³. Il semble que ce dernier courant prévaut dans la pratique judiciaire.

Historiquement, la justice électoral a été chargé de la prévention et du combat à l'abus politique et économique, pourtant ses décisions deviennent de plus en plus discutables car elles extrapolent l'interprétation ou application de la loi et commencent à créer et modifier les institutions électorales. La doctrine électorale brésilienne souligne que, au cours des dernières années, le TSE agit d'une manière plus audacieuse et ainsi souvent confond l'exigence légale déjà existante et la création de nouvelles exigences¹⁴.

Cette actuation « active » de la justice électorale marque un premier point d'attention. Dans le cas de coalitions électorales, aussi comme dans d'autres, le juge électorale a adopté une posture agressive et s'est proposé à trancher lui-même grandes questions politiques et à donner une direction pour le système politique-électoral. Questions qui ne sont pas toujours strictement juridiques, mais qui ont un fond politique et qui influencent très fortement dans les règles du jeu et dans le comportement des acteurs politique. Une telle décision prise par le pouvoir judiciaire risque d'immiscer dans les débats politiques et d'être prise sans la participation démocratique des citoyens et des partis qui est nécessaire.

Cette caractéristique est évidente dans le cas de la consultation sur les coalitions électorales qui seront abordés dans la deuxième partie du travail. Comme nous le verrons, le sujet n'a même pas été débattu au Congrès National au moment où la consultation a été effectuée. On n'a pas permis l'examen du sujet par les forces politiques et l'expression l'intention des personnes de discuter sur la question. La décision sur la verticalisations des coalitions a été prise exclusivement par les acteurs judiciaires. On a rapporté ci-dessus que l'une des principales critiques de la judiciarisation de la politique est le manque de légitimité du pouvoir judiciaire face à l'action législative. Mais dans ce scénario-là, cependant, la discussion populaire n'a pas même été évoquée, c'est qui est encore plus grave.

Un autre trait particulier structurel du modèle brésilien de gouvernance électorale qui renforce le pouvoir du TSE c'est la « règle de l'intersection » qui veut dire que le TSE est composé par des membres différents institutions. Selon la Constitution, d'un totale de sept membres, trois appartiennent au STF (la cour constitutionnelle), deux au STJ (le juge du droit infra constitutionnel) et les deux autres seront des avocats ou procureurs publiques. Il est aussi établi que le président du TSE sera choisi parmi les membres appartenant à la cour constitutionnelle.

La composition du TSE selon la règle de l'intersection entraine des effets critiquables dans la gouvernance électorale, notamment dans sa composante du *rule*

¹³ Vitor Marchetti, Rafael Cortez. *Op. Cit.*

¹⁴ Vitor Marchetti, Rafael Cortez. *Op. Cit.*

adjudication. La cour suprême compétente pour juger les recours constitutionnels provenant du TSE sera composée par trois membres qui auraient déjà jugé de la décision attaquée et composé la majorité dans la cour électorale. Ces trois juges présentes aux deux moments de jugement auront ainsi un rôle assez important pour assurer l’alignement entre les deux cours car ils empêchent un complet réexamen de l’affaire dans la cour constitutionnelle et incline la réponse de cette dernière. De telle façon, le contrôle constitutionnel exercé sur les décisions électorales sera faible, et à peine les décisions du TSE seront cassées¹⁵.

Le pouvoir du TSE continue à croire en ce qui concerne les consultations, car son contrôle de la cour constitutionnelle est encore plus précaire. La jurisprudence de la Cour suprême est stable dans le sens de l’impossibilité d’application du contrôle concentré de constitutionnalité contre un simple acte d’interprétation légal. Étant vu que les consultations ne sont que des interprétations des règles électorales établies à travers d’un règlement, la Cour suprême souligne qu’elle aurait dû à faire un contrôle de légalité du règlement, ce qui n’est pas possible au sein du contrôle concentré¹⁶. D’autres voies judiciaires contre les consultations ont également été rejetées, en particulier le *Mandado de Segurança*, qui est une procédure visant à prévenir et empêcher les actes de coercition de l’autorité publique largement utilisés dans tous les champs du droit public¹⁷.

D’ailleurs, une autre caractéristique de la gouvernance brésilienne intéressante réside dans le fait que les membres de la TSE, ainsi que tous les membres de la justice électorale ont un mandat temporellement limité, de sorte qu’il n’y a pas de composition définitive des tribunaux. Cela fragilise l’expertise que le pouvoir judiciaire possède de calculer l’impact social de leurs décisions, ce qui entraîne l’une des plus vives critiques à la judiciarisation de la politique. Ce fait s’aggrave chez la justice électorale, car la rotation des magistrats sommée à une basse participation des partis politiques dans la gouvernance électorale aboutit dans une cour peu liée à la culture politique et partisane nationale. Un corps de magistrats qui ne possède pas de l’expérience dans le droit électoral (ou en tant que juge) est plus disposé à décider de façon instable et en désaccord avec la doctrine ou la jurisprudence ferme. Ainsi, il y aura des décisions et consultations déraisonnables par rapport à l’expérience politique ou le droit électoral, ayant comme conséquence ultime c’est la judiciarisation du processus électoral¹⁸.

¹⁵ Vitor Marchetti. **O “Supremo Tribunal Federal”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira**. Editora Fórum, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2011

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, Assemblé Plenièrre, 18 avril 2042, *Partido da Frente Liberal vs. Tribunal Superior Eleitoral*, **ADI 2628/DF**.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal, Assemblé Plenièrre, 14 décembre 1990, *Samir Achoa vs. Tribunal Superior Eleitoral*, **RMS 21.185/DF**.

¹⁸ Gilberto Guerzoni Filho. **A Justiça Eleitoral no Brasil: A desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral**. Brasília a.41, n. 161 jan./mar. 2004. Revista de Informação Legislativa

Les particularités de la justice électorale brésilienne et notamment les consultations du tribunal, ouvrent une nouvelle perspective dans le débat sur la judiciarisation de la politique¹⁹.

Les critiques classiques contre la judiciarisation de la politique, comme l'illégitimité des juges et l'absence de participation populaire, sont présents et appropriés à la justice électorale brésilienne. La règle de l'intersection, l'inexistence de contrôle populaire et le faible contrôle juridictionnel – soit par un recours contentieux, soit par le contrôle de constitutionnalité – rendent la limitation du TSE et de la justice électorale encore plus timide.

Dans ce contexte, le TSE domine la gouvernance électorale et possède le pouvoir de modifier les règles du jeu sans qu'il y ait des contraintes assez fortes pour le limiter. La consultation devient encore plus emblématique, en raison de son potentiel d'avancer ou d'interférer directement dans les discussions politiques et de prendre des décisions que bouleversent fortement le champ politique sans la correcte participation ou contrôle d'autres acteurs de la gouvernance. Le TSE utilise alors cet instrument pour modifier des interprétations consolidées en matière électorale, aboutissant à un contexte d'insécurité juridique.

Alors, on observe dans ce cas brésilien que l'équilibre de pouvoirs, en ce que concerne le droit électorale, est faible. Le pouvoir juridictionnel est suffisamment fort pour modifier et établir tout seul l'interprétation de la loi électorale, sans révision constitutionnelle ou contre coup par le pouvoir législatif. Ces deux pouvoirs vont alors se débattre pour réguler le droit électorale, comme on voit dans le cas de coalitions, ce que entraîne la dégradation de la relation entre le législatif et le judiciaire, chaque un cherchant à défendre ses compétences²⁰.

Après la présentation de ce scénario institutionnel de dominance du juge électorale et ses principaux enjeux, nous rapportons un cas emblématique impliquant la puissance de la consultation dans le TSE, afin de démontrer le degré de judiciarisation de la politique atteint par le tribunal électorale et quelles ont été les principales conséquences politiques de cette décision.

II – LA RESTRICTION DE LA POLITIQUE PAR LE DROIT ÉLECTORAL

C'est souvent en raison du pouvoir de consultation que le juge électorale restreint la politique. En 2002, une consultation a eu le pouvoir de bouleverser tout le champ politique en imposant la *verticalisation des coalitions* dans les élections présidentielles et régionales (A). Ce cas démontre exactement l'influence du juge dans la régulation du jeu politique qui aboutit pour mettre en risque la liberté politique.

¹⁹ Gilberto Guerzoni Filho. *Op. Cit.*

²⁰ Vitor Marchetti, Rafael Cortez. *Op. Cit.*

Il ne s'agit pas d'un cas isolé, mais récurrent dans la jurisprudence électorale. On observe que le juge essaie de plus en plus soumettre les partis politiques au droit, en raison d'une conception négative de la politique et qui impose la construction d'un « droit électoral maximum » pour la réguler et restreindre (B).

A – Une interprétation nouvelle et restrictive pour les coalitions électorales

Préalablement à décrire l'argument, il faut s'approcher du système électoral et politique brésilien. Le pays est fédéraliste depuis toujours, de telle façon que les élections se divisent en trois circonscriptions et deux moments. Les élections fédérales (président et le parlement fédéral) ont lieu au même temps que celles régionales (gouverneur et députés des assemblées des états fédérés), tandis que les élections locales (maires et législatif local) ont lieu deux ans après.

Tous les partis ont un caractère national pour exigence constitutionnelle²¹ et participent dans tous les échelons. Historiquement, les enjeux gouvernementaux et politiques nationaux et régionaux ont une influence réciproque sur l'autre de façon que non rare la candidature présidentielle accueille différents intérêts régionaux et les accords régionaux sont réglés en fonction du contexte national. Ainsi, les jeux des alliances politiques ne pas du tout prévisible ou stable mais s'organisent en tenant en compte plusieurs facteurs.

Du point de vue juridique, cela prend forme par les coalitions électorales qui sont des groupements de partis politiques qui s'unissent pour démontrer soutien et concourir à l'élection soit majoritaire, soit proportionnel, en partageant les votes dans ce dernier cas²².

Donc, les partis ont vraiment besoin de souplesse pour mener sa politique et le système électoral cédait le champ libre, accueillant la liberté idéologique et d'organisation des partis.

La législation électorale rendait possible ce jeu d'alliances. L'article 6 de la Loi des Élections (Loi n. 9.504 de 1997) statue que « Il est accordé aux partis politiques, dans la même circonscription, célébrer des coalitions pour l'élection majoritaire [exécutif et sénat], proportionnel [les députés], ou les deux, et dans ce dernier cas, pour former plus d'une coalition pour la représentation proportionnelle entre les partis de la coalition pour l'élection majoritaire ». C'est-à-dire, la législation n'imposait aucune restriction sur les coalitions, sauf celle de plusieurs restrictions à l'élection majoritaire, tandis que pour la proportionnelle, cela est possible.

Cette disposition légale a été parfaitement appliquée à l'élection nationale de 1998.

²¹ Article 17, I, de la Constitution Fédérale.

²² José Jairo Gomes, *Op. Cit.*, p. 156.

Au 26 février 2002, le *Partido Social Liberal* a saisi le TSE sur l'interprétation de l'article 6. Il demandait si, en thèse, un parti A peut former une coalition pour l'élection présidentielle avec les partis B, C et D et, au même temps, célébrer une coalition régionale avec les partis E, F et G qui ont eux-mêmes un autre candidat à la présidence.

La cour a répondu négativement la consultation posée. Cela veut dire que la coalition pour la présidence restreint les possibilités d'alliances, pourvu que les partis ne puissent pas former une coalition proportionnelle ou régionale avec des autres partis qui font partie d'autre coalition présidentielle. C'est institué alors l'obligation de *verticalisation de coalitions partisans*.

Le tribunal justifie sa décision essentiellement dans le caractère national des partis politiques. Il estime que cette notion est incompatible avec les coalitions hybrides et inégales entre l'élection présidentielle et les régionales et ainsi impose l'unité verticale des soutiens. Quand même, la cour n'explique pas la portée de cette notion constitutionnelle et utilise des expressions tautologiques pour affirmer les conclusions²³, en utilisant plutôt des arguments de la science politique sur l'urgence d'une réforme du système politique et du besoin du renforcement idéologiques des partis brésiliens.

Presque tous les ministres justifient leurs votes dans un règlement antérieur élaborée par la cour²⁴ qui déterminait que les partis ne peuvent pas composer des coalitions proportionnelles avec des partis politique qui ne font pas partie de leur coalitions majoritaire (fédérale ou régionale séparément). Bien que ce règlement impose des restrictions aux partis, il est bien justifié dans le texte de la loi (l'article 6 supra cité). Le TSE, alors dans le cas des verticalisations, a étendu cette limitation à l'ensemble des élections nationales et régionales.

Malgré la proximité avec le processus électoral (la décision a été rendue moins de trois mois du choix de candidats), le TSE a affirmé qu'elle serait applicable aux élections nationales de 2002, tout court. Elle a ainsi bouleversé le champ politique en imposant telle ou telle coalition, ce que n'était pas prévue ou désiré par les partis.

Les partis politiques alors ont réagi à cette imposition légale. Quatre ans après, au 8 mars 2006, le Parlement a édité l'amendement constitutionnel No. 52 exactement pour inverser la situation et libérer les coalitions. Le paragraphe 1^o de l'article 17 de la Constitution alors dirait que les partis ont autonomie «[...] pour adopter les critères de choix et le régime de ses coalitions électorales, sans l'obligation de raccordement entre les candidatures à l'échelon national, régionale [états fédérés], distritale [« Distrito Federal »] ou municipale [...] ».

Il s'agissait alors d'un mouvement clair des partis politiques de surmonter la décision du TSE. Au-delà de la modification formelle et explicite, les parlementaire ont

²³ Par exemple, le vote du Ministre Nelson Jobim.

²⁴ Il s'agit de la *Resolução No. 20.126* de 1998.

fait modifier la Constitution et pas seulement la loi. L'amendement contenait aussi une disposition déterminant son application depuis les élections de 2002. Ainsi, il n'y aurait aucun doute sur la portée et l'application de cette disposition par rapport à la décision du tribunal.

Ensuite, le STF a été saisi de la constitutionnalité de l'application instantanée de ce dispositif constitutionnel. L'action directe d'inconstitutionnalité No. 3685 (contrôle concentré et abstrait) demandait l'interprétation conforme à la constitution pour ne pas voir appliquée cet amendement aux élections de 2006, étant vu que l'article 16 de la constitution prohibait la modification des règles électorales un an avant du processus électoral²⁵.

Le tribunal constitutionnel d'abord a accepté la nouvelle règle du fond de la réforme constitutionnelle (donc leur constitutionnalité matérielle). Toutefois la cour fait un contrôle plus lourd et estime que l'article 16 interdirait l'application du dispositif aux élections de 2006. Elle a considéré que le principe de l'antériorité électorale est une garantie fondamentale des électeurs opposable même contre les réformes constitutionnelles. Ainsi, même pas un amendement constitutionnelle pourrait modifier les règles électorales une fois dépassé le délai de l'article 16.

Bien vu tout ce contexte normatif, il faut soulever des critiques contre la décision de la cour constitutionnelle et contre la décision du TSE de la *verticalisations des coalitions*.

Globalement, la décision constitutionnelle démontre un contrôle léger par rapport aux actes du juge électoral, alors que le contrôle sur les actes législatifs est lourd et étendu. Cela est évident dans l'application de la limite temporelle de la modification des règles électorales.

Le STF accepte dans sa jurisprudence la réponse du TSE aux consultations et la conséquente élaboration de règlements jusqu'au 5 mars de l'année électorale, malgré l'influence que ce règlement puisse avoir dans le processus électorale. Toutefois, pour l'amendement constitutionnel le tribunal a effectué un contrôle sévère en imposant l'application de l'article 16 de la constitution. En d'autres termes, STF juge acceptable une altération d'importantes règles politiques (les coalitions) à moins de un an avant les élections, à condition que elle soit faite par le TSE et par un instrument réglementaire et secondaire ; toutefois, si le législateur change ces mêmes règles à traves d'un amendement constitutionnel, il va falloir attendre un an pour le voir appliqué.

Cet exemple reprend l'argument de la dominance du juge dans la régulation de la politique, notamment du TSE, car on a pu observer l'acceptation d'une altération faite par le juge électoral et le déni de cette même altération lorsqu'elle a été faite par le

²⁵ Supremo Tribunal Federal, Assemblé Plenièrre, 22 mars 2002, *Ordem dos Advogados do Brasil vs. Congresso Nacional*, **ADI 3685-8/DF**.

législateur. Il s'agit là donc de l'exercice d'un pouvoir par le juge électoral que ne trouve pas des limites exactes.

En ce que concerne la consultation, on ne fera pas la critique de fond, la critique sur l'inadéquation de la décision étant vu l'organisation politique brésilienne. Par contre, on verra exactement le côté juridique de la question.

En premier lieu, il faut retenir que la Consultation 715 décide et modifie par un règlement²⁶ le régime juridique d'une situation qui appartenait au domaine de la loi. On a dit, les coalitions étaient prévues par l'article 6 de la Loi des Élections (Loi n. 9.504 de 1997) qui établissait une possibilité aux partis, de façon que toutes les modifications de ce régime juridique devraient être faites par une loi formelle ou par une norme supérieur. Ainsi, l'altération introduite par un règlement (norme inférieur) bouleverse l'ordre juridique et porte atteinte à l'office du législateur qui était le seul compétent pour modifier ces règles. Le juge donc a prévalu sur le législateur dans l'élaboration de normes pour la régulation de la politique.

Ensuite, même si on considère que le juge électoral n'a que interprété la règle légale, il faut reconnaître qu'il l'a fait en dehors de ses limites. L'interprétation mise en place pour le TSE crée une importante restriction à l'action des partis politiques, en tirant profit d'une prescription constitutionnelle dont la portée n'a pas été explicité ni par le TSE ni par le STF.

En effet, cette restriction imposée par la verticalisation des coalitions lèse les libertés politiques des partis et démontre la force du TSE. Le juge leur prescrit une grille de comportement ce que est inadmissible dans une démocratie. Désormais, les partis ne sont plus libres pour prendre ses positions dans les champs politiques régionaux et ne peut pas former librement ses coalitions, ce que restreint la liberté d'association et d'idéologie des partis politiques.

En bref, on voit que la décision du TSE et le contrôle du STF sur l'amendement constitutionnel n'a pas forcément un fondement juridique, mais plutôt politique et exprime une volonté de réguler de plus en plus le jeu des partis.

B – La mise en place d'un « droit électoral maximale »

La gouvernance électoral brésilienne alors est composée de traits spéciaux qui donnent un rôle très central à la justice électoral et au TSE, dont les consultations sont un instrument important, quoique critiquable par rapport à la judiciarisation de la politique.

Cette expérience brésilienne d'un pouvoir judiciaire fort réfléchis une tendance structurelle et profonde qui influence toutes les institutions démocratiques et

²⁶ Toutes les réponses aux consultations sont émises par le biais d'un règlement. Dans le cas de la Consultation 715, la *Resolução* N° 21.002 de 26 février 2002 a été mise en place.

électorales brésiliennes, voire mondiales. Il s'agit là d'une vague ou un sentiment collectif critique par rapport à la politique, aux partis politiques traditionnels et aux institutions représentatives, dont l'effet institutionnel est le transfert de décisions et compétences aux magistrats.

Au Brésil ce sentiment est peut-être plus fort qu'ailleurs. On a pu observer dans la dernière décennie une crise politique toujours présente liée aux multiples accusations, mis en examens et condamnations des politiciens impliqués dans des cas de corruptions. Cette crise est encore aggravée par l'incapacité des agents politiques de prendre des mesures pour moraliser la vie politique ou de trancher les réformes-clés pour le développement du pays, ce qui aboutit dans une grave crise de représentativité. En conséquence, le pouvoir judiciaire gagne de l'espace dans le débat public et dans la prise d'importantes décisions, en tous les champs du droit²⁷.

Ce sentiment trouve des racines dans la création de la justice électorale brésilienne car elle était un essai de régularisation et normalisation des élections. En raison du passé colonial et de l'extension territoriale, la politique brésilienne était dominée par les élites locales, les soi-disant colonels, qui utilisaient de la coercition physique et morale pour contrôler la compétition électorale, de telle façon que les élections n'étaient jamais libres ou transparentes. La justice électorale alors a été conçue pour institutionnaliser la compétition politique et donner de la stabilité et légitimité au modèle de gouvernance électorale²⁸. Toutefois, cette nouvelle structure a été construite d'une façon qui éloignait l'administration électorale du champ politique et de la sphère partisane, exactement pour éviter l'interférence des acteurs politiques dans la gestion des élections et dans les décisions rendues par la justice électorale.

Malgré le succès des efforts pour la normalisation de la politique au Brésil, le sentiment de méfiance par rapport aux institutions politiques reste présent dans les institutions de gouvernance électorale. La gestion électorale brésilienne est marquée par un tonique antipolitique, par un renforcement du contrôle de légalité et par la surveillance des partis et des activités politiques. On n'a pas pu percevoir une évolution des institutions démocratiques avec l'inclusion des acteurs politiques dans la gouvernance et le partage de ce pouvoir, mais un éloignement et une méfiance dans les domaines politiques²⁹.

D'autre part, cette même vague contre la politique a touché la société civile qui a tout à fait abandonné l'espace public et ne croit plus à la légitimité de la politique pour prendre des bonnes décisions publiques. Par contre, elle semble avoir une confiance

²⁷ Luis Roberto Barroso, **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

²⁸ Eduardo Meira Zauli. **Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. N. 102. pp. 255-289. Jan/jun. 2011

²⁹ Gilberto Guerzoni Filho. **A Justiça Eleitoral no Brasil: A desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral**. Brasília a.41, n. 161 jan./mar. 2004. Revista de Informação Legislativa

populaire dans le pouvoir judiciaire et ses décisions qui seraient toujours impartiales et techniques.

Cette vague entraîne des effets sur le droit électoral et ses institutions. Courants doctrinaux pointent vers une nouvelle caractéristique des institutions électorales, l'appelant de « droit électoral maximale »³⁰. Ce concept indique une vision selon laquelle le droit doit décrire, limiter et circonscrire tous les activités politiques afin de les réguler et les mettre sous le contrôle du juge. Elle a comme fondement contextuel exactement cette vague de méfiance contre la politique et les partis de telle façon qu'appartiendra au droit de les contrôler. On dénote encore l'existence une idéologie derrière l'actuation du juge qui reflète une dénaturalisation de la politique, la conversion de leur rôle public et démocratique en un ennemi de la société, ce qui justifie des actions restrictives. Une fois qu'on ne fait pas confiance à la politique, il est préférable de la restreint par le droit électoral.

L'actuation du juge électoral dans ce contexte peut déclencher des atteinte aux droits politiques. Si, d'abord, la réglementation électorale est essentielle à freiner les abus économique ou politique au cours de la compétition elle peut s'utiliser des principes flous tels que la moralité pour flexibiliser certains droits. Cette argumentations incite la restriction des libertés politiques, criminalise certaines pratiques politiques consolidées sans fondement juridique³¹ et aboutit pour noyer le jeu politique.

La tendance brésilienne a également été observée dans d'autres pays. L'argument souvent utilisé est que le pouvoir judiciaire remplit de manière impartiale les tâches nécessaires à un contrôle plus efficace des élections. Il serait ainsi un organe de prise de décisions strictement juridiques et qui, en théorie, n'est pas soumis à des intérêts partisans ou politiques³². Performance accrue du pouvoir judiciaire a été vu dans des pays tels que l'Italie, la Belgique et l'Angleterre, après les tentatives frustrées d'augmenter la participation des partis politiques dans le contrôle et l'administration des élections.

Au Brésil et ailleurs, dans les démocraties modernes, le pouvoir judiciaire est venu d'occuper la fonction d'administrer et de contrôler les élections qui est exercée de façon contremajoritaire afin de protéger les droits fondamentaux. Cependant, à cause de l'absence de contrôle juridique et politique sur lui-même, il devient une institution avec une faible *responsabilité*³³ (*accountability*) devant les autres acteurs de la gouvernance électorale. Une telle « irresponsabilité » empêche qu'ait un débat plus profond et une

³⁰ Rodolfo Viana Pereira. **Direito Eleitoral contra o Inimigo**. Em Debate, Belo Horizonte, v.5, n.4, p.26-30, Out. 2013.

³¹ Rodolfo Viana Pereira. *Ibidem*.

³² Rodolfo Viana Pereira. **Contencioso Eleitoral: polissemia conceitual, sistemas comparados e posição brasileira**. Publié dans les Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, Vitória: CONPEDI, 2011, ps. 4207 e ss.

³³ Vitor Marchetti. **O “Supremo Tribunal Federal”**: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. Editora Fórum, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2011

révision des modifications du système électoral mises en place exclusivement par le juge électoral par ses décisions. Ainsi, l'idéologie du droit électoral maximale est ainsi imposée par le juge contre les partis et acteurs politique qui restent des mains attachées.

On pointe donc la contradiction de la judiciarisation électorale. La Cour électorale a été institutionnalisée aux années 1930 pour contrôler la compétition politique qui était assez douteuse et pas soumise règles claires et sûres, dans un contexte où la force était un instrument assez courant. Cependant, on a de plus en plus mis en place un cadre qui préconise la surveillance et le contrôle par un appareil qui ne dispose pas bien des règles de participation définies ou même des mécanismes de *responsabilisation* auprès de la population ou des autres acteurs de la gouvernance. C'est une contradiction de l'exagération : on abandonne l'absence de contrôle et passe à investir dans un modèle où le contrôle est fort, complet presque même exténuant, mais dont la légitimité et les limites ne sont pas claires eux-mêmes. Aucun des deux extrêmes n'est démocratique.

Ce droit électoral maximale crée ainsi a comme résultat la dépréciation de la délibération politique essentielle à la démocratie. La constante crise politique et le sentiment de méfiance contre la politique amène le droit électoral à circonscrire tous les activités politique afin de les contrôler. Il laisse d'être alors un instrument de consécration des droits fondamentaux, pour être l'instrument de la surveillance judiciaire sous les partis et les candidats. Il ne s'agit pas d'une ligne doctrinaire, mais bien d'un positionnement politique plus ou moins conscient de la part des juges et approuvé par la population éloignée de la politique.

Les consultations électorales dans le droit brésilien se tiennent comme un exemple d'un problème structurel qui va au-delà des frontières nationales. Le débat de plus en plus sur la judiciarisation de la politique gagne poids et doit être regardé maintenant avec prudence et sur différents angles autres que le juridique parce que les décisions judiciaires ou thèses développées par les juges ont un impact plus direct sur la politique, et ils définissent quels sont les acteurs comment ils occuperont ces espaces si importants pour la démocratie dans un pays.

La France a utilisé depuis toujours l'adage de Henrion de Pansey: « Juger l'administration, c'est encore administrer ». Dans un tel contexte de droit électoral maximale, il faut demander : « Juger la politique c'est encore faire de la politique » ?