



HAL
open science

L'État d'exception en droit constitutionnel brésilien et la gestion de la crise sanitaire due à la covid-19

Denise Teixeira de Oliveira

► To cite this version:

Denise Teixeira de Oliveira. L'État d'exception en droit constitutionnel brésilien et la gestion de la crise sanitaire due à la covid-19. [Rapport de recherche] Aix-Marseille Université; Faculté de droit et de science politique. 2021. hal-02936003v2

HAL Id: hal-02936003

<https://hal.science/hal-02936003v2>

Submitted on 3 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

XXXVI^e TABLE RONDE INTERNATIONALE DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
« L'état d'exception, nouveau régime de droit commun
des droits et libertés ?
Du terrorisme à l'urgence sanitaire »

Aix-Marseille Université
Faculté de Droit et de Science Politique
ILF/GERJC – DICE - UMR 7318
Aix-en-Provence
11 & 12 septembre 2020

BRÉSIL

Rapport établi par :
Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA
dtoliveira@yahoo.com

L'État d'exception en droit constitutionnel brésilien et la gestion de la crise sanitaire due à la covid-19

Place Saint Michel, Quartier Latin à Paris, l'œuvre « Le trône obscène et morbide de la dynastie Bolsonaro » résume à plusieurs titres ce qu'est devenu le régime constitutionnel brésilien de droits et libertés depuis le début de la crise sanitaire provoquée par la Covid-19¹. Le choix du gouvernement fédéral d'une politique de la moindre intervention voire d'ignorance complète des attributions liées au chef de l'Etat ont réduit à néant les dispositifs constitutionnels destinés à affronter les crises. Face à l'urgence sanitaire, au lieu de mettre en place une politique centrale de santé publique et d'en poser les directives aux états-membres de la fédération afin de lutter contre la crise sanitaire comme l'exige la Constitution, le Président de la République omet, refuse le dialogue avec les gouvernements locaux et ignore volontairement les recommandations des agences publiques de

¹ Márcio MACHADO, « Le trône obscène et morbide de la dynastie Bolsonaro ». Exposition temporaire, parvis de la Fontaine Saint-Michel, Quartier Latin, Paris. L'œuvre d'art représentant un trône composé de tibias et d'omoplates de bovins dont les articulations sont dorées à la feuille d'or. Elle est pour l'artiste le symbole de la politique sanitaire du Président brésilien : « Bolsonaro mérite d'être intronisé sur un trône d'os après sa gestion irresponsable de la pandémie et pour ses attaques à la démocratie et à la culture. », dit Machado. V. sur : <https://blogs.mediapart.fr/marilza-de-melo-foucher/blog/290820>. Accès 28/08/2020.

santé. Il ne nomme même pas un Ministre de la santé pendant plusieurs mois de l'année 2020.²

Et ce n'est pas seulement par omission que la gestion de la crise est mal menée. Le Président fait diffuser à travers son réseau personnel une propagande³ destinée à convaincre la population que la pandémie n'est qu'« une petite grippe sans danger » incitant la population à vivre normalement et à ne surtout pas cesser l'activité économique. Ce discours politique finit par remettre à un second plan les débats sur la constitutionnalité d'une éventuelle mesure restrictive de libertés, telle que le confinement de la population adoptée dans d'autres pays. Dans le même temps, il fausse les débats en créant un hiatus entre, d'un côté, le devoir constitutionnel de promouvoir une santé publique accessible à tous, et de l'autre, la volonté du Président d'afficher une statistique économique favorable à son gouvernement, comme s'il lui était permis de délaissier la première au profit de la seconde.⁴ En pointant du doigt une gestion scandaleuse et négationniste, les partis politiques d'opposition déposeront plus de soixante demandes d'*impeachment* auprès de la Chambre des députés, et trois plaintes seront adressées au Tribunal pénal international par des organisations non-gouvernementales faisant état d'un véritable génocide⁵ des populations vulnérables.

« Le trône obscène » semble être aussi une métaphore de la perte de force normative de la Constitution brésilienne promulguée en 1988. Si le texte constitutionnel prévoit un régime juridique détaillé et adapté aux différentes modalités d'état d'exception afin de faire face à une crise sanitaire, ainsi que des obligations concernant la santé publique, les institutions de la république ont du mal à se montrer efficaces. En réalité, ce système de gestion de crise basé sur

² En effet plusieurs ministres se succèdent au début de la pandémie. Par la suite, le poste demeure vacant pendant trois mois. Le 15 mai 2020, après la démission du second ministre de la santé, le président Bolsonaro décide de laisser le poste vacant. Il désigne un secrétaire employé du ministère pour faire fonction. Celui-ci ne peut qu'exercer la fonction par intérim car il n'a pas de formation dans le domaine de la santé, il finit malgré tout par être promu ministre de la santé en août. A son côté, suite également au limogeage du scientifique responsable du Programme national d'immunisation et maladies contagieuses, le gouvernement nomme un vétérinaire pour prendre les décisions relatives au futur vaccin contre la Covid-19. V. sur : <https://catracalivre.com.br/cidadania/pazuello-nomeia-veterinario-para-tratar-de-vacina-contra-covid-19/>

³ La campagne publicitaire « Le Brésil ne peut pas s'arrêter » a été diffusée à large échelle par le Président de la République mais la Cour constitutionnelle a fini par l'interdire sous l'argument qu'elle ne contenait aucun propos destiné à informer la population sur la crise sanitaire.

⁴ Selon une étude menée depuis mars 2020, il y aurait une intention affichée, un plan d'action systématique dans les réglementations gouvernementales et dans les manifestations de Bolsonaro. Cette étude semble dissiper « l'interprétation persistante selon laquelle il y aurait incompétence et négligence de la part du gouvernement fédéral dans la gestion de la pandémie ». Ce travail de recherche est coordonné par le Centre de recherche et d'étude du droit sanitaire (CEPEDISA) de l'École de santé publique (FSP) de l'Université de São Paulo (USP) et Conectas Droits Humains, l'une des organisations de justice les plus respectées d'Amérique latine. V. sur : <https://www.autresbresils.net/Une-etude-revele-que-Bolsonaro-a-mis-en-oeuvre-une-strategie-institutionnelle?fbclid=IwAR09c0hDiRpcLxOI5t9acqp5XAjh8gvFcdEu555TPIdmvRVZLJaYn Cz2ybw>

⁵ V. : <https://www.autresbresils.net/Il-existe-des-elements-significatifs-pour-que-des-autorites-bresiliennes-dont>

différentes modalités d'état d'exception a été, d'une part, mis à l'écart par le propre Président qui devait être l'acteur principal et, d'autre part, il a été aussi relativisé par les pouvoirs législatif et judiciaire, y compris la Cour constitutionnelle. Cette non-pratique de l'état d'exception semble expliquer comment celui qui est assis sur le « trône d'os » a conduit le pays à la deuxième place du macabre classement mondial des décès dus à la Covid-19.⁶

La Constitution brésilienne est du type analytique. De manière détaillée, elle prévoit un véritable système normatif de gestion de crise et plusieurs règles en ce qui concerne l'état d'exception. Les concepts, modalités et procédures de l'état d'exception sont inscrits dans le texte dès sa promulgation le 5 octobre 1988 et plusieurs normes infraconstitutionnelles viennent compléter ce système.⁷ Le droit constitutionnel brésilien considère que l'état d'exception est un droit d'auto-préservation de l'État, et il est correct d'affirmer que les hypothèses de déclenchement inscrites dans le texte constitutionnel, identifiables par des objectifs attribués à chaque modalité de l'Etat d'exception, visent à la reprise d'un état de normalité, celui de l'Etat de droit. Cette affirmation dénote le caractère téléologique du concept. En effet, les articles 136 et 137 de la Constitution précisent que l'état d'exception a pour but soit de « préserver l'ordre public et la paix sociale », soit de « restaurer une situation de normalité constitutionnelle suite à une crise grave ». Ces hypothèses se déclinent en plusieurs alinéas qui détaillent chaque situation de crise et elles constituent un *numerus clausus*, nous y reviendrons.

Si de ce point de vue théorique le concept d'état d'exception est bien encadré par le texte constitutionnel, et en ce sens l'approche brésilienne ne s'éloigne pas de la théorie classique de l'État, la crise sanitaire déclenchée par la Covid-19 a soulevé au Brésil un certain nombre de questions inédites tant en sciences politiques que juridiques. Tout d'abord s'est posée la question de la pertinence et de l'opportunité de déclencher un de ces mécanismes exceptionnels à cause de la pandémie. Décréter l'état d'exception dans un pays de taille continentale alors que la crise sanitaire n'était pas encore étendue à l'ensemble du territoire national semblait déraisonnable en février 2020, lors de la constatation des premières infections. Un rapport de l'Ordre des avocats du Brésil émis à ce sujet a posé les jalons du débat public : la crise sanitaire ne justifiait pas à leurs yeux la déclaration

⁶ En septembre 2020, les chiffres officiels font part d'un ratio de plus de mille morts par jour à cause de la covid-19. Ce marqueur quotidien dépassera les mille cinq cents morts par jours à partir du mois de février 2021. V. : <https://www.dw.com/pt-br/brasil-volta-a-registrar-mais-de-mil-mortes-por-dia-por-covid-19/a-55981288>

⁷ Il y a plusieurs raisons historiques à ce que le texte soit ainsi détaillé. La raison principale étant sans doute le fait que cette Constitution est l'aboutissement d'un long processus de redémocratisation suite à vingt ans de dictature militaire. Les débats inscrits dans les annales de l'Assemblée constituante montrent clairement l'intention du législateur de doter le système constitutionnel de plusieurs mécanismes de contrôle des pouvoirs.

d'un état d'exception compte tenu des hypothèses constitutionnelles.⁸ C'était l'une des premières voix mettant en garde contre le danger de restriction des droits et libertés que la déclaration d'état d'exception pourrait autoriser⁹ et ce, avant même que la question soit évoquée par le Président de la République.

Il est vrai que de prime abord, il n'est pas clair que les deux hypothèses de l'état d'exception prévues par la Constitution se conforment au cas spécifique d'une crise sanitaire. L'état d'exception dans sa modalité « état de défense » par exemple est écarté d'emblée en raison de l'exigence du critère territorial. En effet, en droit constitutionnel brésilien, cette hypothèse exige que la menace qui pèse sur l'État de droit soit restreinte à une région déterminée, ce qui visiblement n'est pas le cas d'une pandémie. Demeure donc la seconde hypothèse « l'état de siège », dont le concept, plus vague et plus ample, semble en effet plus adapté au cas concret d'une crise sanitaire. Ainsi, quand la Constitution autorise l'état de siège en cas d'« état de commotion grave de répercussion nationale », c'est-à-dire une situation exceptionnelle de fort impact émotionnel sur la population, cette hypothèse prévue par l'article 137, alinéa I de la Constitution paraît adaptée au cas de la pandémie.

Mais l'exégèse dans ce cas de figure exige une prudence maximale. Si en général l'exercice de subsumption du fait à la norme constitutionnelle n'est pas automatique, il ne le sera pas, à plus forte raison, dans les cas de l'état d'exception. Certes la définition d'état de siège est ample et peut comporter plusieurs cas concrets, mais c'est précisément pour cette raison qu'on exigera ici une justification plus robuste. La situation est en soi extraordinaire et elle est l'unique exemple de crise sanitaire qui ait été confrontée au texte depuis sa promulgation. Si on admet qu'une crise sanitaire peut justifier le déclenchement de l'état de siège cela permet non seulement de déroger aux normes de droit commun mais aussi aux normes constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux¹⁰ par la voie d'un simple décret de l'exécutif. Si d'une part l'autorisation de restreindre certains droits et libertés est explicitée dans le texte constitutionnel, ce qui pourrait limiter la marge de manœuvre du Président, on se souvient d'autre part que par le passé la relativisation d'un droit fondamental, même temporairement, a pu conduire à une banalisation voire même ouvrir un précédent dangereux pour le régime démocratique.

Finalement, ce débat de niveau constitutionnel n'a pas dépassé le cadre théorique car aucune modalité d'état d'exception n'a été déclarée afin de lutter

⁸ V. sur : <https://www.justificando.com/2020/03/26/e-inconstitucional-decretar-estado-de-sitio-por-pandemia/>

⁹ À savoir que l'Ordre des avocats du Brésil exerce une fonction sociale expressément prévue par le texte constitutionnel. L'avertance inscrite dans ce rapport doit être sans doute entendue concomitamment à la profonde crise de légitimité qui pèse sur le Gouvernement Bolsonaro après les dénonciations de fraudes lors des élections en 2018. Un procès en annulation est d'ailleurs en cours devant le Tribunal supérieur électoral.

¹⁰ Articles 136, §1^o et 138 de la Constitution fédérale brésilienne.

contre la pandémie du coronavirus. En revanche, les quelques mesures effectivement prises ont été celles basées sur la législation de niveau infraconstitutionnel. Mais les débats juridico-politique sur le régime de droit applicable au contexte de crise sanitaire n'est pas réellement clos. Bien au contraire. La possibilité de restriction ou non des droits fondamentaux sans déclaration d'état d'exception a fait glisser le débat sur l'étendue exceptionnelle des pouvoirs du chef de l'exécutif des états-membres.¹¹ Cette participation inattendue des gouverneurs dans les politiques de santé publique semble avoir mis entre parenthèses le « pacte fédératif » et l'« union indissolubles des entités fédérées » prévus par l'article 1^o de la Constitution. Elles ont été possibles suite à une décision de la Cour constitutionnelle qui a été décisive en faveur de la lutte contre la pandémie.¹² C'est ainsi qu'on a pu voir au niveau régional la construction d'hôpitaux de campagne destinées exclusivement aux patients de covid-19 et postérieurement la mise en place d'un programme local de vaccination.

L'application de la législation infraconstitutionnelle à la crise sanitaire qui touche l'ensemble du territoire a provoqué certains bouleversements institutionnels et a troublé l'équilibre entre les pouvoirs, tant au niveau fédéral que local. Par exemple le fait que certains gouverneurs des entités fédérées ont pris des initiatives au niveau international, telles que des négociations commerciales directes avec d'autres pays visant la construction de nouveaux hôpitaux. De plus, suite à une déclaration d'« état de calamité publique » par le Décret législatif n°6 de 2020 du Sénat, la législation infraconstitutionnelle qui prévoit la réalisation de dépenses supplémentaires et extraordinaires a pu être appliquée au cas concret de la pandémie. Cette législation a autorisé la dérogation aux principes qui régissent la responsabilité fiscale et administrative des gouverneurs¹³ et c'est ainsi qu'ils ont pu agir face au constat d'inaction du Président de la République.

Entre temps, le Congrès national a créé des situations assez inattendues dans un système présidentieliste comme celui du Brésil. En constatant par exemple la réticence de l'Exécutif à offrir une aide pécuniaire aux personnes ayant perdu leurs sources de revenu à cause de la pandémie, la Chambre de députés, sous la pression de la société civile et des partis politiques de l'opposition, a obligé l'Exécutif fédéral à prendre des mesures. Celui-ci avait évoqué la possibilité de payer une « aide d'urgence » d'une valeur dérisoire d'environ 33 euros par mois durant trois mois. Le Congrès a délibéré favorablement et a décidé de tripler ce

¹¹ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/16/decisao-do-stf-sobre-isolamento-de-estados-e-municipios-repercute-no-senado>

¹² <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>

¹³ Il ne serait pas exact de dire que la Constitution est effacée du débat et que la gestion de la crise est totalement réglée par les normes infraconstitutionnelles. Mais il est vrai que la Constitution reprend sa place de norme fondamentale qui se limite à poser les directives de l'ordre juridique. En l'occurrence, dans ce contexte elle est toujours le support de légitimité de l'obligation de promouvoir la santé publique, ce qui concerne les trois niveaux des entités fédérées.

montant. Cet épisode étonnant de non-respect du principe de la séparation des pouvoirs n'a pas été un cas isolé ces derniers mois. On a vu pour la première fois plusieurs des vétos du Président de la République revenir au Congrès national et être révoqués.¹⁴⁻¹⁵ L'exemple emblématique étant le veto sur la loi -désormais validée - qui autorise une indemnisation des professionnels de santé ayant travaillé sur le front du combat contre la maladie.¹⁶

Par ailleurs, dès le début de la pandémie on assiste à l'émergence de nouveaux acteurs issus de la société civile. On remarquera le collectif formé par onze associations du domaine de la santé, « Front pour la vie » qui, après avoir exprimé publiquement son désarroi devant « la lamentable omission du gouvernement fédéral dans son rôle vis-à-vis de la population » a proposé au Ministère de la santé un ensemble de recommandations aux entités gouvernementales visant à améliorer la politique de santé publique et à fournir des directives à la société en général.¹⁷ De plus, un comité scientifique s'est réuni bénévolement sous l'invitation des neuf gouverneurs de la région du nord-est du Brésil, afin de les orienter sur la politique de santé à mener.¹⁸ Ils ont mis en place, entre autres, un système de surveillance de la propagation du virus ainsi qu'une application pour téléphone portable permettant à la population régionale d'utiliser les services de télémédecine.

C'est ainsi que, malgré un concept d'état d'exception bien encadré par la Constitution, la crise sanitaire semble avoir fracturé le régime présidentiel sur lequel ce concept est construit et a aggravé une crise institutionnelle préalable et bien plus profonde au Brésil. La mise en pratique du texte constitutionnel en raison de la pandémie a bouleversé les limites de la séparation des pouvoirs et a révélé par là même des nouvelles forces de contre-pouvoir. Ainsi, les contours assez détaillés des effets et procédures de l'état d'exception dans la Constitution brésilienne permettent d'arriver à un équilibre entre les restrictions des libertés et la protection du droit à la santé publique (I). Mais l'étude des circonstances exceptionnelles qui pourraient justifier son déclenchement à l'égard de l'actuelle

¹⁴ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5955942>

¹⁵ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5958612>

¹⁶ On reproche encore au Président de la République un comportement inadéquat qui consiste à propager volontairement le virus dans la population. En effet, il convoque ses électeurs à faire des rassemblements auquel lui-même se rend afin de « prouver que la maladie n'existe pas ». D'ailleurs, cette mise en danger de la vie d'autrui a valu au Président une troisième plainte pour génocide auprès du Tribunal pénal international. En effet, fin juillet 2020, une troisième plainte pour génocide est déposée au Tribunal pénal international contre le Président Bolsonaro. Cette fois-ci ce n'est plus l'attaque systématique contre les populations autochtones comme les précédentes fois, mais son omission la plus totale concernant la santé publique pendant la pandémie. Il est accusé d'avoir indirectement démissionné de ses obligations concernant la gestion la gestion de la crise sanitaire.

¹⁷ Ce document proposé par l'organisation non gouvernementale « Front national pour la vie » peut être consulté sur : <https://frentepelavida.org.br/>

¹⁸ <https://jc.ne10.uol.com.br/canal/politica/nacional/noticia/2020/02/11/governadores-inauguram-sede-do-consorcio-nordeste-em-brasilia-399586.php>

pandémie de la Covid-19 révèle des situations complexes du fédéralisme jusqu'alors inconnues de l'ordonnement brésilien où se crée artificiellement une opposition entre la santé publique à la santé économique (II).

I - L'Etat d'exception : un concept téléologique délimité par le texte constitutionnel

En droit brésilien, le concept d'état d'exception est défini par le texte de la Constitution dès sa promulgation le 5 octobre 1988. Ce concept renvoie à une idée générale d'absence de normalité sociale ou institutionnelle qui se traduit dans le texte par un concept téléologique. En effet, les objectifs de préserver l'ordre public, la paix sociale et de restaurer une situation de normalité constitutionnelle survenus en raison d'une crise grave définissent la typologie de l'état d'exception. On trouve cette typologie respectivement dans les articles 136 et 137 de la Constitution : l'état de défense et l'état de siège. Pour chacun la Constitution réserve une procédure de déclenchement différenciée et des effets qui peuvent ou pas être limités dans l'espace (A), ainsi que des limites dans le temps et de possibles renouvellements (B).

A – Les procédures de déclenchement de l'état d'exception et ses effets sur le territoire national

Deux procédures sont prévues par la Constitution pour la mise en place de l'état d'exception, l'une pour l'« état de défense », l'autre pour l'« état de siège »¹⁹. Tout d'abord, l'article 136 de la Constitution brésilienne prévoit que « le Président de la République peut décréter l'état de défense, une fois consulté le Conseil de la République et le Conseil de la Défense nationale, afin de préserver ou rétablir, dans des zones restreintes et déterminées, l'ordre public ou la paix sociale menacées par de graves et imminentes instabilités institutionnelles ou atteintes de calamité naturelle²⁰ de grandes proportions ». L'article 137 de la Constitution brésilienne à son tour dispose que « Le Président de la République peut solliciter que le Congrès national décrète l'état de siège, une fois consulté le Conseil de la République et le Conseil de la Défense nationale, dans les cas suivants : I – une grave perturbation de répercussion nationale ou l'occurrence de faits qui démontrent l'inefficacité d'une mesure prise pendant l'État de défense ; II – la déclaration de guerre ou de réponse à une agression armée étrangère ».

¹⁹ Le droit constitutionnel brésilien sur l'état d'exception n'adopte pas les expressions « loi martiale » ou « terrorisme ». Une première référence de loi « anti-terroriste » dans l'ordre constitutionnel actuel date de 2015 avec le Projet de loi n°101/2015. Afin de se conformer au traité interaméricain de 2002 de combat contre le terrorisme, la Loi ordinaire n°13.260 est publiée le 16 mars 2016.

²⁰ Le débat sous-jacent concernant le caractère "naturel" ou pas de la maladie provoquée par le coronavirus n'est pas répandu au Brésil et cette question n'a pas été posée dans le cadre de l'état de défense car de toute façon l'hypothèse était exclue par l'exigence concomitante du critère géographique.

On remarquera de prime abord la nécessité d'un décret du Président de la République pour les deux modalités d'état d'exception, mais chacun de ces décrets exige un moment différent de consultation du Congrès national et du Conseil de défense. Ces exigences sont traduites par les expressions du texte constitutionnel « le Président peut décréter... », du premier cas de figure, et « Le Président peut solliciter... du Congrès national... qu'il décrète... », dans le second cas. Ainsi, si le déclenchement de la procédure de l'état d'exception est un acte privatif du Président, il n'est autorisé à décider seul de sa mise en place que dans le cas de l'état de défense, tandis que pour l'état de siège cela intervient par voie de décret du Législatif fédéral. Toutefois, dans les deux hypothèses, les avis préalables du Conseil de la République et du Conseil de défense sont nécessaires, même s'ils ne sont pas déterminants dans la décision de déclarer ou non l'état d'exception.

Lorsque la situation exceptionnelle de la pandémie a été avérée en février 2020, on s'est demandé si elle autoriserait la déclaration d'un état d'exception correspondant à l'une des hypothèses citées ci-dessus. L'état de défense étant écarté pour cause d'exigence du critère territorial - c'est-à-dire que la menace à l'État de droit soit restreinte à une zone géographique du pays, ce qui n'était pas le cas pour la crise sanitaire - il a semblé que l'hypothèse de l'état de siège était adaptée car il s'agissait de contrer la commotion qui atteignait l'ensemble du territoire national en raison de l'effondrement du système de santé et du nombre toujours croissant de personnes atteintes par la maladie. On en déduit que le concept d'état de siège comporte une facette subjective « commotion grave » et une facette objective « répercussion nationale ». Cette dernière facette a été décisive pour la non adéquation du concept dans les premiers mois de l'année 2020, car la maladie ne s'est manifestée que dans certains états-membres. Bien entendu, la question de savoir ce que veut dire la facette subjective du concept d'état de siège, « commotion grave », reste entière. Il s'agit d'un concept juridique indéterminé dont le contenu n'est complété qu'au cas par cas, et dans ce cas spécifiquement, il n'existe pas de précédent dans l'ordonnancement brésilien.²¹

La procédure prévue par l'alinéa I de l'article 137 de la Constitution autorise l'état de siège lors d'« une grave commotion de répercussion nationale », mais il se doit de consulter préalablement le Conseil de la République et le Conseil de défense. La Constitution dit expressément qu'il s'agit d'une consultation déclarative, cette

²¹ Après la fin de la I^{ère} République brésilienne, une période de 15 années appelée « L'âge Vargas » en raison du Président Getúlio Vargas, a connu un épisode d'état de siège. Afin de contrer le soulèvement de l'Alliance nationale libératrice et sous un prétexte de lutte anti-communiste le Président, pourtant élu, a décrété l'état de siège, ce qui pour certains historiens apparente à un coup de d'Etat. Cette référence historique à l'état d'exception a laissé sa marque dans le texte constitutionnel suivant. On le constate dans l'article 166 de la Constitution de 1946 qui disposait qu'« en cas de menace extérieure ou l'imminence de perturbations internes, ou l'existence de concertation, plan ou conspiration visant à troubler la paix publique ou mettre en péril la structure des institutions, la sécurité de l'Etat ou des citoyens, le Président de la République peut déclarer l'état de siège, dans tout le territoire national ou dans la partie menacée ».

décision n'oblige donc pas le Président qui pourrait, devant un avis défavorable, demander au Congrès national de décréter l'état de siège tout de même. Cela est possible car en réalité cette procédure évoque l'idée des « motifs déterminants ».²² Lorsque le Président sollicite l'avis de ces Conseils, il présente et prouve par la même occasion les circonstances qui justifient d'après lui la déclaration de l'état d'exception. Le rôle du Congrès national dans cette procédure ne laisse pas de marge à une discussion discrétionnaire sur l'opportunité de l'acte du Président.²³

Par ailleurs, d'autres règles procédurales applicables aux périodes exceptionnelles sont prévues par la Constitution. Cela peut paraître surprenant par la richesse des détails. La Constitution brésilienne aborde même des règles concernant le déroulement pendant et après l'état d'exception. L'article 140 par exemple définit que le « Congrès national doit constituer une commission afin de contrôler l'exécution des mesures extraordinaires qui concernent l'état de défense ou de siège ». Pour ce faire, il « se doit d'entendre le représentant de chacun des partis politiques représentés » pour ensuite « désigner cinq membres » afin qu'ils prennent place dans ladite commission qui exercera le contrôle à posteriori de l'exécution de ces mesures extraordinaires. De plus, les articles 148 et 167, §3 de la Constitution expliquent également que pendant l'état d'exception, l'Union fédérale est autorisée à réaliser des dépenses extraordinaires et des emprunts forcés. L'Union et les autres entités fédérées peuvent être dispensées de réaliser des appels d'offres avant de conclure un contrat et dispensées de respecter le plafond de dépenses publiques imposé par la loi de contrôle fiscal lorsque qu'un « état d'urgence et de calamité publique ou de guerre » est déclaré. Ces articles, qui apparaissent dans le texte constitutionnel en dehors de la typologie de l'état d'exception, serviront de référence juridique à la législation infraconstitutionnelle pour la gestion de la crise sanitaire.

Quelle que soit la modalité de l'état d'exception, son caractère exceptionnel exige une limitation dans le temps. La temporalité est une autre limite expressément prévue par la Constitution.

B - Le caractère temporaire de l'état d'exception et la durée de chaque type de régime juridique exceptionnel

L'objectif de l'état d'exception de restaurer le statu quo ante présuppose qu'il existe un « état de normalité » qui est celui de l'État de droit auquel on se doit de revenir. Il va de soi donc que la situation d'exception que la Constitution autorise sera toujours limitée dans le temps et que l'état d'exception ne saurait durer au-delà de la situation exception qui l'a engendré. Il est important de vérifier de près ces limites temporelles dans la Constitution car elles sont un critère distinctif entre

²² Article 137, paragraphe unique de la Constitution.

²³ Au final, ce dispositif constitutionnel n'a pas été actionné par le Président de la République.

l'état d'exception légitime, celui autorisé par l'ordre constitutionnel, et une multitude d'autres situations exceptionnelles sans aucune base juridique, donc illégitime, et ce dès le simple prolongement de l'état d'exception au-delà du temps autorisé jusqu'au coup d'Etat qui écarte l'ordre constitutionnel et installe un régime d'exception de durée indéfinie.

L'article 141 de la Constitution brésilienne prévoit qu'à la fin de l'état d'exception « ses effets cessent automatiquement mais qu'une quête de responsabilisation peut se poursuivre en cas d'éventuels actes illicites ». La Constitution impose que l'état d'exception soit limité dans le temps et la règle générale veut qu'il ne dure pas plus de trente jours, temps qui peut être renouvelé une fois si des raisons concrètes le justifient. Malgré ce nombre de jours précis inscrit dans le texte constitutionnel, d'autres renouvellements sont autorisés dans la pratique.

On remarquera que si d'une part le texte constitutionnel affirme que l'état de siège et l'état de défense ne peuvent durer que trente jours, il autorise d'autre part que l'état de siège soit instauré lorsqu'une déclaration d'état de défense n'a pas suffi à neutraliser les menaces envers l'État. Or les hypothèses autorisant l'état de siège restent vagues. Dans ce cas de figure, l'état de siège peut devenir une prolongation indéfinie de l'état de défense qui, ne pouvant être renouvelé qu'une seule fois, prolongerait le régime exceptionnel de droits durant la durée d'un conflit armé par exemple. En effet, la Constitution autorise la déclaration de l'état de siège dans l'hypothèse d'« inefficacité des mesures prises pendant l'état de défense » ou d'un « très haut niveau d'instabilité sociale ». Quand tel est le cas aucune limitation temporelle de l'état de siège ne peut être objectivement déduite de la lecture du texte constitutionnel. C'est pourquoi l'état de siège semble une mesure d'exception plus extrême car sa durée est indéfinie.

On peut craindre légitimement que cette règle de renouvellement de l'état de siège ouvre une brèche à une durée indéterminée et par conséquent une mise à l'écart du processus démocratique car au vu du texte constitutionnel, la précision de la limite de renouvellement ne s'applique que pour l'hypothèse de l'état de défense. L'état de siège quant à lui peut être renouvelé indéfiniment, toujours par période de trente jours, mais avec cessation dès lors que cesse la menace. Quel que soit le cas, et afin d'éviter que ce régime exceptionnel dure indéfiniment, son prolongement dépend d'une approbation du Congrès national par majorité absolue. Cela offre un contrepoids dans la balance des pouvoirs étatiques. La possibilité simplement théorique d'une durée indéterminée n'est pas anodine, moins encore

dans le contexte brésilien qui a connu dans un passé récent un coup d'état parlementaire.²⁴

Enfin, l'étendue des pouvoirs exceptionnels conférés à l'Exécutif par la Constitution est différente selon chaque modalité d'état d'exception. On note comme trait commun à ces modalités la concentration des pouvoirs entre les mains de l'Exécutif qui, au Brésil, comprend les niveaux fédéral, régional et local. En effet, il existe une hypothèse d'état d'exception dans la sphère des états-membres définie par les constitutions locales (de chaque entité du système fédératif). Les restrictions que les chefs de l'exécutif peuvent autoriser lors d'un état d'exception diffèrent selon qu'il s'agit d'état de défense ou d'état de siège. Dans tous les cas, ces restrictions doivent être prévues par la Constitution fédérale et par les constitutions locales et d'autres restrictions peuvent aussi exister dans une loi ordinaire à titre exceptionnel.

Aussi bien pour l'état de défense que pour l'état de siège la Constitution délimite expressément les restrictions admises aux droits subjectifs des citoyens.

II – Les limites substantielles de l'état d'exception : théorie et pratique des restrictions des droits subjectifs

La Constitution brésilienne souligne expressément que la dérogation aux normes de droit commun ne subsiste que pendant la durée de la menace envers l'État de droit, et seulement si les raisons qui ont autorisé le déclenchement de l'état d'exception subsistent. Si le texte constitutionnel indique expressément quels droits sont susceptibles d'être sujets à dérogation dans chaque modalité d'état d'exception, aucune règle n'est prévue pour la mise en balance entre les libertés dérogées et le droit à la santé que le texte vise à protéger (A). Mais la gestion de l'actuelle crise sanitaire révèle une situation inattendue où la protection du droit à la santé par un régime juridique d'exception s'oppose à l'agenda économique du gouvernement (B).

A - L'encadrement juridique des restrictions aux droits subjectifs pendant la crise sanitaire : les libertés contre la santé publique ?

²⁴ Par le passé, l'histoire constitutionnelle brésilienne enregistre plus d'une « intervention exceptionnelle » dans les pouvoirs qui, malgré leur justification constitutionnelle, s'est avéré un prétexte soit pour une continuité illégitime au pouvoir soit pour empêcher une alternance de pouvoir démocratique et légitime. Cela nous laisse supposer que ces articles sont une manière d'éviter l'incertitude de la norme juridique afin d'éviter les renouvellements indéfinis de l'état d'exception. C'est pourquoi la Constitution exige qu'en cas de prolongation de l'état de siège, la décision de renouvellement du Président doit être approuvée par la majorité absolue du Congrès national et, de plus, que toute responsabilité par des actes illicites commis pendant l'Etat d'exception peuvent être enquêtés même après la fin de cette période. Ce dispositif laisse percevoir la marque historique de l'actuel ordre constitutionnel brésilien : la promulgation d'une Constitution vouée à ré-démocratiser le pays cohabite avec des lois d'amnistie venant clôturer (indûment ?) les débats à propos des vingt précédentes années de régime dictatorial.

Deux types d'état d'exception sont définis par la Constitution, et une autorisation temporaire de s'écarter de certains droits prévus dans l'ordonnement existe.²⁵ Il est indispensable donc, de définir de quel type d'état d'exception il s'agit avant d'être autorisé à appliquer les restrictions qui sont prévues. On sait cependant que dans la pratique, la crise sanitaire due à la Covid-19 ne se conforme pas tout à fait aux hypothèses constitutionnelles, à moins qu'on puisse admettre la controverse que nous avons évoquée précédemment, selon laquelle la pandémie autorise le déclenchement de la modalité « état de siège » sous le fondement de l'article 137, alinéa I de la Constitution en raison de la présence des critères subjectifs et objectifs, c'est-à-dire : « une grave commotion de répercussion nationale ».

Le texte constitutionnel énumère expressément quels droits sont susceptibles d'être restreints, mais ce catalogue est différent selon la modalité d'état d'exception déclenché. Ainsi en ce qui concerne l'état de défense, quatre restrictions sont prévues par l'article 136, §1, alinéas I et II : « I - restriction au droit de réunion, même au sein des associations ; restriction du droit de confidentialité des correspondances et de communication téléphonique et télégraphique ; II - occupation et utilisation temporaire des biens et des services publics, dans l'hypothèse de calamité publique ».

Dans le cas de l'état de siège, les restrictions prévues dans l'article 137, alinéas I à VII sont plus fortes et elles ont une incidence sur plusieurs droits fondamentaux que la propre Constitution garantit, à savoir : I - l'obligation de rester dans une localité déterminée ; II - détention dans l'enceinte d'un bâtiment non destiné à des accusés ou condamnés par crime commun ; III - restriction quant à l'inviolabilité des communications et de la correspondance postale ; IV - flexibilisation de l'obligation de fournir des informations, flexibilisation de la liberté de la presse, de la radio et de la télévision²⁶ ; V - suspension du droit de réunion et rassemblement ; VI - relativisation de l'inviolabilité du domicile ; VII - possibilité d'intervention dans les entreprises qui fournissent un service public ; VIII - réquisition administrative de biens.

En comparant ces deux catalogues, on s'aperçoit d'emblée que la modalité de l'état de siège autorise une plus ample restriction des droits et libertés que l'état de défense, mais on voit mal comment certaines d'entre elles auraient un effet sur le cas de protection du droit à la santé publique en cas de pandémie. On sait que c'est dans le texte du décret qui instaure l'état d'exception qu'on se doit de préciser

²⁵ L'histoire a montré que certaines des restrictions déclarées pendant l'état d'exception par décret du Président ont subsisté après que la menace sur l'État de droit avait cessé et certaines ont même intégré les textes des normes de droit commun par voie de loi ordinaire votée postérieurement par le législatif.

²⁶ Sont exclues de cette restriction de l'alinéa III la diffusion des allocutions parlementaires émises à partir de la Chambre de députés et du Sénat.

quels seront les droits et garanties temporairement suspendus ainsi que toute mesure coercitive éventuellement instaurée afin de garantir son exécution. Cette exigence prévue dans le §1° de l'article 136 et dans l'article 138 de la Constitution est une caractéristique du modèle brésilien d'état d'exception qui élargit les pouvoirs de l'exécutif durant toute la période de crise. On peut en déduire que cette corrélation doit être également explicitée dans les termes du décret en raison du devoir général de motivation des actes administratifs.

Par ailleurs, il est important de comprendre que les restrictions aux droits fondamentaux autorisées par la Constitution pendant l'état d'exception coexistent avec les « clauses pétrifiées » définies dans l'article 60, §3. Ces clauses définissent, en droit constitutionnel brésilien, un ensemble de droits et principes auxquels on ne peut absolument pas déroger, ni même pendant une période exceptionnelle. Cet apparent conflit entre ce qui est prescrit par les normes de l'état d'exception et la clause pétrifiée est résolu par une lecture attentive des deux textes. L'article 60, §3 définit en effet une liste de quatre sujets²⁷ considérés comme immuables dont l'alinéa IV qui détermine l'impossibilité de « suppression de droits et garanties individuelles ».

Ces dispositions appelées « clauses pétrifiées » du fait qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aucune modification, ni même être mises à l'ordre du jour par les parlementaires ne sont pas en contradiction avec la possibilité de suspension de droits fondamentaux pendant l'état d'exception en droit brésilien. En réalité ce que la « clause pétrifiée » interdit est la « suppression » des droits fondamentaux, tandis que la règle de l'état d'exception autorise la « suspension » de ces mêmes droits. Ainsi le dispositif de l'article 60, §3, alinéas I à IV est compatible avec ce qui est prévu par la Constitution dans les articles 136, §3 et 139 pour le régime juridique spécial de l'état de défense et l'état de siège.

Une fois de plus, on constate que le texte constitutionnel est bien détaillé en ce qui concerne le régime juridique de l'état d'exception. C'est dans la pratique de situations exceptionnelles telles que la crise sanitaire due à la Covid-19 que ce concept téléologique bien encadré apparaît dans toutes ses complexités.

B – L'actuelle crise sanitaire révèle les situations complexes du fédéralisme brésilien : la santé publique contre la santé économique ?

Dès le début de la crise sanitaire au Brésil le gouvernement fédéral a déclaré qu'il ne décrèterait pas l'état d'exception pour lutter contre la pandémie. Au contraire, il a mis en place une intense campagne publicitaire contre toutes les

²⁷ Le texte de l'article 60 § 4° en question dispose que sera interdite « toute délibération sur une proposition de réforme constitutionnelle qui a tendance à supprimer ou à porter atteinte à un des sujets suivants: I – la forme fédérative de l'État ; II – le suffrage direct, secret, universel et périodique ; III – la séparation des Pouvoirs ; IV – les droits et garanties individuels ».

mesures sanitaires qu'il considère comme des dépenses non nécessaires²⁸. Plusieurs allocutions publiques du Président de la République mettent en évidence l'idée que la seule urgence est celle de garantir l'efficacité de l'économie, avec un slogan : « Le Brésil ne peut pas s'arrêter » et lui-même œuvre quotidiennement pour que le virus circule en convoquant des manifestations en son soutien.²⁹ Cette posture négationniste de la crise sanitaire provoque bien entendu d'innombrables polémiques auprès de l'opinion publique, et surtout de nombreuses réactions des institutions, des partis politiques, et de la société civile organisée.

Cette pression politique et citoyenne a porté ses fruits. Ainsi, même si l'état d'exception de base constitutionnelle n'a pas été déclaré par le Président, une loi ordinaire fédérale de février a tout de même reconnu l'urgence de prendre des mesures pour lutter contre la pandémie de la Covid-19 et, le 20 mars 2020, le décret législatif du Sénat n°6/20 a déclaré le Brésil en « état de calamité publique ». On doit signaler que la déclaration de calamité publique du Sénat qui conduit à l'autorisation de déroger à la règle fiscale est exceptionnelle, qu'elle ne se confond pas avec les deux types d'état d'exception que la Constitution définit et qui auraient pu, en théorie, être mis en place par le Président de la République. Cette précision est importante pour comprendre ce qui se passe aujourd'hui au Brésil dans la gestion de la pandémie, car une multitude de mesures différentes ont été prises par chacune des 26 entités fédérées et cela sans que les obligations de l'Union fédérale soient respectées. Par exemple, le devoir de verser des fonds d'assistance aux états-membres et aux municipalités afin qu'ils puissent faire face aux dépenses exceptionnelles engendrées par la pandémie.

Six mois après de la déclaration de calamité publique, l'Exécutif fédéral n'avait transféré aux états-membres qu'un tiers du budget réservé par le Congrès national pour la lutte contre la crise sanitaire. Ce devoir de versement exceptionnel a fait l'objet de deux décisions de la Cour constitutionnelle dans le cadre de la pandémie de la Covid-19. Dans l'une d'entre elles, la responsabilité par omission du Gouvernement Bolsonaro est engagée. La Cour a renforcé l'idée que la santé publique est « compétence partagée entre les entités fédérées ». Il est intéressant de remarquer que la « technique de l'interprétation conforme à la Constitution » qui a orienté cette décision sera maintes fois évoquée. Concrètement, la gestion Bolsonaro de la pandémie prend ses distances avec l'ordonnancement et la Cour ne cesse de rappeler que l'article 196 de la Constitution prévoit « le devoir de l'État de s'occuper de la santé publique »³⁰ et qu'un tel devoir est une « compétence

²⁸ A vrai dire, c'est tout le comportement de la personne du Président qui est en question lorsqu'on constate qu'il œuvre quotidiennement contre les mesures de lutte contre le coronavirus.

²⁹ Dans les décisions rendues dans les procédures spéciales appelées « Action de non-respect de préceptes fondamentaux – ADPF » de n°668/20 et n° 669/20, la Cour constitutionnelle brésilienne a ordonné le retrait de cette publicité en l'a considérant non conforme à la Constitution. V. sur : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440567>

³⁰ V. sur: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>

partagée » entre les entités fédérées³¹ tel que défini par les articles 21 à 24 de la Constitution³²⁻³³⁻³⁴. Presque un an après le début de la pandémie, ces transferts budgétaires, pourtant imposés par la Constitution, feront l'objet d'un véritable bras de fer entre le gouvernement fédéral et les gouvernements locaux. En février 2021, le Président de la République a annoncé avoir transféré un montant supérieur à ce que son gouvernement a effectivement transféré aux états-membres. Les gouverneurs voient là un mensonge destiné à exercer sur eux une pression afin qu'ils alignent sur la politique centrale de non-intervention pour contrer la propagation du virus.³⁵

La loi ordinaire n° 13.979, du 6 février 2020, dite « loi covid »³⁶ a pour objet, d'après son texte, de « définir les mesures pour affronter l'urgence de santé publique d'importance internationale en raison du coronavirus responsable de la pandémie de 2019 ». Cette loi est aujourd'hui l'épicentre de nombreuses polémiques et de vifs débats comme on le verra ci-dessous.³⁷ Au moment de la publication de cette loi, aucun cas de coronavirus n'avait été officiellement déclaré sur le territoire national,³⁸ et donc, au vu de l'étendue des pouvoirs qu'elle confère au chef de l'exécutif, cette loi suscite d'emblée des questions de légitimité et d'opportunité. De plus, un certain nombre d'inconstitutionnalités sont flagrantes dans ce texte. Certains articles ont d'ailleurs déjà été annulés par la Cour constitutionnelle, nous y reviendrons.

Tous ces débats tendent à évoluer et demeurent d'actualité car la crise sanitaire est loin d'être apaisée au Brésil.³⁹ Pour le moment, afin d'accompagner le

³¹ Au total de 26 organisées en cinq régions.

³² Cette norme juridique découle du « pacte fédératif » prévu par la Constitution dans son article 3 et est reprise par la Loi complémentaire relative à la responsabilité fiscale des entités fédérées (LC n°101 de 2000)

³³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

³⁴ ADI 6341 et 6347.

³⁵ V. sur : <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/01/governadores-contestam-bolsonaro-por-dados-sobre-repasse.htm>

³⁶ Cette loi de référence pour la crise sanitaire liée à la Covid-19 a récemment reçu de nombreuses altérations de son texte par la Loi 14.035 du 11 août 2020 : <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.035-de-11-de-agosto-de-2020-271717691>.

³⁷ Le texte intégral des lois fédérales brésiliennes peut être consulté sur le site : <http://www.planalto.gov.br>. Pour ce qui est de la « Loi Covid » mentionnée ici, voir : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm

³⁸ Un premier cas isolé a été confirmé le 26 février à São Paulo d'une personne revenant d'Italie. V. sur : <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>

³⁹ En raison de l'immensité du territoire, la propagation du virus se fait de façon inégale. Le virus commence à circuler tout d'abord dans les grandes villes, ensuite il se propage vers l'intérieur des terres, et maintenant un « effet boomerang » se fait sentir et les hôpitaux des grandes villes, qui avaient réussi à contrôler à peu près la flambée de malades, sont à nouveau engorgés. D'autres centres urbains, comme São Paulo, n'ont tout simplement pas réussi à la contrôler et, à part quelques hôpitaux privés inaccessibles au grand public par leur prix, le système public de santé tourne à un niveau de saturation depuis six mois.

déroulement des faits juridiquement importants relatifs à la crise sanitaire, tentons de mieux cerner la complexité du débat autour de la « loi covid » et d'analyser d'autres actions menées pour combattre la crise, notamment celles de certains états-membres de la fédération qui ont fini par passer outre les directives de l'exécutif fédéral :

1. Tout d'abord, la Cour constitutionnelle déclare l'inconstitutionnalité des articles 6°-B et 6°-D de la loi n°13.979/20 qui prévoyait la suspension des devoirs d'information et de transparence de la part des autorités gouvernementales. Tous les alinéas de ces deux articles ont été annulés par trois décisions de contrôle de constitutionnalité émises dans les procédures ADI n°6347, ADI n°6351 et ADI 6353⁴⁰ au motif qu'elle portait atteinte aux garanties fondamentales. A savoir qu'au Brésil, le droit à l'information est couvert par le droit fondamental de l'habeas data d'assise constitutionnelle.

Malgré cette annulation, on est en droit de se demander pourquoi une loi destinée à lutter contre une crise sanitaire autoriserait la dissimulation de ces données par les autorités publiques ? On n'a pas la réponse précise, mais ce fait permettait déjà d'anticiper ce qui s'est passerait plus tard, au moins de juin : le Ministère de la santé arrêtera de communiquer sur son site internet les chiffres du nombre des personnes infectées, malades et décédées. Le 9 juin, saisie par un parti politique de l'opposition, la Cour constitutionnelle ordonnera au Ministère de la santé la reprise de la publication des bulletins quotidiens sur la santé publique de la population avec des critères détaillés.⁴¹ Certes cette participation de la Cour constitutionnelle et des partis politiques début juin a été très importante au vu de la croissance exponentielle du nombre de décès, mais pendant presque une semaine ces chiffres ont été omis. De surcroît, au retour des bulletins certains avaient disparu et la façon de les présenter avait été restreinte au nombre de malades, sans autres détail.

2. Sous prétexte de prendre des mesures préventives pour lutter contre la Covid-19, cette loi a aussi autorisé le transfert d'argent public à des institutions financières privées prétendant ainsi anticiper le paiement de la dette publique. La raison de la norme serait de permettre le financement de lignes de crédit auprès de particuliers afin de relancer l'économie post-pandémie par anticipation.⁴² Au vu de nombreux spécialistes, partis politiques et surtout de l'Auditorat citoyen de la dette - une organisation non gouvernemental de fort impact auprès des institutions ⁴³-,

⁴⁰ V. sur : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442399>

⁴¹ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445071&ori=1>

⁴² Cette politique économique s'est avérée pratiquement inutile et catastrophique car après la chute brutale de l'économie, moins de 10% des entreprises a pu avoir accès à ces crédits car elle éteint les seules en mesure de remplir les exigences des institutions financières, telles que la solvabilité et la possibilité d'offrir un garant.

⁴³ <https://auditoriacidada.org.br/>

ces mesures apparaissent déraisonnables. En effet, quand on sait que la loi permet le transfert à l'exécutif fédéral d'une partie du pouvoir légiférant et permet déjà de déroger aux normes de droit commun telles la dispense d'appel d'offre pour les contrats administratifs et la suppression de la limite des dépenses publiques et de la responsabilité fiscale, on peut penser que ces mesures, prévues dans les lois infraconstitutionnelles, sont déjà suffisantes pour lutter contre la crise, n'en justifiant pas d'autres.⁴⁴

En effet, la législation déjà existante avant la crise sanitaire autorise la réalisation des dépenses financières nécessaires sans se préoccuper de l'équilibre des comptes publics. Il suffit une autorisation préalable de calamité publique, reconnue par le Congrès national, pour la déclencher.⁴⁵ Ainsi, la loi complémentaire n°101/00 qui régit la responsabilité de la gestion fiscale des institutions publiques ainsi que la loi ordinaire 8.666/93 qui régit les procès d'acquisitions de biens et services par l'Administration offrent les moyens financiers de lutter contre la crise⁴⁶⁻⁴⁷. De cette façon, les mesures déjà existantes dans l'ordonnement présenterait deux grandes avantages : être une procédure simplifiée car il suffirait une déclaration de calamité publique et ne pas remettre en question une large restriction aux droits subjectifs des citoyens.

3. La loi covid a introduit certaines restrictions aux droits fondamentaux et a imposé des obligations aux citoyens. Il est intéressant de remarquer les mesures énumérées dans l'article 3° de cette loi, destinées à lutter contre la propagation du coronavirus : l'isolement social, la quarantaine, la réalisation d'examen médicaux, les tests en laboratoire, le vaccin obligatoire. Concernant l'isolement social en tant que restriction du droit d'aller et venir afin d'éviter la propagation du coronavirus, le Président n'a pas encouragé cette mesure, sinon comme simple recommandation pour les personnes âgées. L'introduction de cet article dans la loi a servi par ailleurs comme justification du confinement imposé par certains états-membres. En effet, la politique de certains gouverneurs des états-membres est de déclarer une période de *lockdown* et cette initiative a été attaquée par le Président de la République. La question a du être tranchée par la Cour constitutionnelle qui a finalement décidé que les états-membres avaient la compétence pour ce type de gestion de la crise.

On peut se demander pourquoi le Président de la République signe cette loi que lui-même n'applique pas ? Pourquoi pratique-t-il quotidiennement tout l'inverse

44 Cet épisode de la finance mondiale qui s'immisce avec le gouvernement brésilien ne sera pas isolé pendant la pandémie. Quelques mois plus tard, le gouvernement Bolsonaro autorise que la Banque centrale du Brésil l'achat des crédits des « *bads banques* ». V. explication ci-dessous.

⁴⁵ Loi complémentaire n°101/2000.

⁴⁶ Loi ordinaire n°8.666/1993;

⁴⁷ Nonobstant, le Président de la République fait une nouvelle à la mi-août afin de demander de nouvelles permissions. Le texte est publié le 11 août et la loi 14.035/20 introduit diverses modifications dans le texte de la loi 13.979/20.

de ce qui est dit dans cet article 3° en matière de mesure contre la propagation du virus ? Tout d'abord il faut savoir qu'au moment de la publication de la loi covid, le Président avait un Ministre de la santé (!?!) qui orientait la politique sanitaire nationale au moyen des critères techniques décrits dans l'article 3°. Ce n'est que postérieurement que le Président adopte une posture négationniste vis-à-vis de la pandémie, il remplace son Ministre par un autre qu'il limoge quelques jours plus tard et ne nomme plus personne sur le poste depuis le 15 mai. Au lieu de suivre ce qui détermine la loi qu'il a lui-même sanctionnée, le Président a investi plus récemment dans une campagne publicitaire anti-vaccin covid et a nommé un vétérinaire pour coordonner le Programme nationale de vaccination.⁴⁸ A savoir que, en ce qui concerne l'article de la loi qui détermine l'obligation de se faire vacciner contre la Covid-19, la question n'est pas encore devant la Cour constitutionnelle mais les débats publics penchent pour son inconstitutionnalité.

4. Concernant les vaccins d'ailleurs, le 6 août le Gouvernement autorise le paiement de 1,9 milliards de reais (environ 300 millions euros) dont 1,3 milliards de reais directement versés au laboratoire AstraZeneca pour un futur vaccin.⁴⁹ En effet, l'article 3°, alinéa VIII, a, de la loi covid50 énumère quatre « autorités sanitaires internationales » qui auront le privilège de distribuer commercialement dans le territoire national « quelques soient les matériels médicamenteux et équipements du domaine de la santé... considérées comme essentiels au combat contre la pandémie du coronavirus ». Comme le régime juridique actuel est extraordinaire, l'exigence d'appel d'offre est dispensée, même si l'opinion publique remet en cause le processus très expéditif de cette décision.

5. Une avalanche de vétos du Président fait polémique depuis le début de la crise sanitaire. Par exemple, celui concernant la loi qui définit l'exigence du port du masque par la population carcérale et les professionnels travaillant dans les prisons, le Président a opposé un veto total afin d'en empêcher l'usage.⁵¹ Bolsonaro a aussi prononcé un veto sur le texte de loi proposé par les partis politiques d'opposition qui prévoyait une indemnité en faveur des professionnels de santé qui ont travaillé au contact de la Covid-19.⁵²

⁴⁸ <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/pazuello-nomeia-veterinario-para-dirigir-programa-de-vacinas,3972622b9cde01aa3015a6557a29e41fhu1pafa5.html>

⁴⁹ V. sur : <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/08/governo-abre-credito-de-r-1-9-bilhao-para-producao-e-aquisicao-de-vacina-contra-o-coronavirus>. Et : « *Governo prepara medida provisória para pagar 100 milhões de doses da vacina de Oxford* » (Le Gouvernement prépare un décret afin de payer 100 millions de doses du vaccin d'Oxford), in : Folha de São Paulo, 3 août 2020. https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/08/governo-prepara-mp-para-pagar-100-milhoes-de-doses-da-vacina-de-oxford.shtml?fbclid=IwAR2I3QDGOukdnHqgRH-O8bLynz_q5SO_RMZywRzdG4_Z36mTBaZimuyv6Wk)

⁵⁰ Texte avec la modification apportée par la loi n°14.006/20.

⁵¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448797&caixaBusca=N>

⁵² V. sur : psol50.com.br

De surcroît, la gestion de la crise sanitaire a pris des tournures idéologiques de la part du Président de la République. Le veto concernant l'obligation des gestes barrières en milieu carcéral a été porté devant la Cour constitutionnelle, alors qu'au Brésil le contrôle sur le veto du Président est de nature politique et devrait donc être apprécié par la Chambre des députés. Dans ce cas concret, la Cour constitutionnelle a rendu une décision, encore provisoire, qui suspend les effets du veto du Président.

6. Un épisode à part dans la crise sanitaire de la Covid-19 au Brésil : la formation du « Consortium nord-est ». ⁵³ Phénomène jusqu'alors inconnu de l'ordonnement brésilien, les neuf gouverneurs des états-membres de la région nord-est du pays ont décidé de s'unir dans la lutte contre la Covid-19 en raison de l'incertitude occasionnée par la gestion catastrophique du Ministère de la santé. ⁵⁴ En plus de réaliser des achats groupés d'équipements et autres matériels hospitaliers ⁵⁵ à l'échelon international (certains intellectuels parlent même d'une espèce de « diplomatie parallèle »), ils ont décidé de se faire assister par un comité scientifique. Le docteur Miguel Nicolelis, scientifique de renommée internationale prend bénévolement la tête d'une équipe de scientifiques des universités brésiliennes ⁵⁶ et fonde le « Projet Mandacaru » ⁵⁷ destiné à orienter les gouverneurs de la région du nord-est sur la politique de santé à mener. Quelques semaines plus tard, les scientifiques participants au projet créent un système informatique de surveillance de la propagation du virus ainsi qu'une application pour téléphone portable permettant à la population régionale, d'environ 56 millions d'habitants, d'utiliser les services de télémédecine. Pour ce faire, les états-membres ont réalisé des concours afin d'embaucher des nouveaux professionnels de santé au niveau local. Le succès du projet a conduit certains gouverneurs d'autres régions du Brésil à y adhérer.

7. Les médias et la société civile organisée rapportent plusieurs scandales financiers liés directement à la publication de la loi covid et au régime exceptionnel

⁵³ Pour consulter toutes les informations sur le Comité scientifique de combat au coronavirus au Brésil et les statistiques actualisées voir : <https://www.comitecientifico-ne.com.br/>

⁵⁴ D'ailleurs depuis 15 mai le ministère de la santé demeure acéphale.

⁵⁵ Dans un épisode épique et assez rocambolesque, Bolsonaro a annulé l'achat et a réquisitionné l'équipement hospitalier que le gouverneur de l'état-membre du Maranhão avait réalisé auprès d'une entreprise à Santa Catarina. Ensuite ce même gouverneur a acheté directement en Chine et a sollicité la livraison en Ethiopie et a mandaté un envoyé spécial pour récupérer la marchandise sans que le Président soit au courant. Ces matériels hospitaliers ont équipé les hôpitaux de campagne dans l'état du Maranhão au nord-est. Le Maranhão est aussi le premier état-membre à sortir de la zone rouge de propagation du coronavirus. V. sur : <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/04/16/maranhao-usa-rota-alternativa-para-comprar-respiradores-e-driblar-concorrencia>

⁵⁶ En février 2021, il quitte ses fonctions de coordinateur du projet. <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/02/saida-de-nicolelis-de-comite-reforca-frustracao-de-cientistas-com-governadores-do-nordeste.shtml>

⁵⁷ <https://www.comitecientifico-ne.com.br/mandacaru>

de dépenses qu'elle inaugure.⁵⁸ On peut citer en guise d'exemple trois grandes manœuvres économiques, dont une liée à l'environnement. Tout d'abord : l'autorisation du Gouvernement Bolsonaro donnée à la Banque centrale du Brésil d'acheter des *non-performing loans* à des institutions financières internationales ; et le second, la cession onéreuse, à un prix dérisoire, d'une partie des avoirs de la Banque du Brésil à la Banque privée Pactual dont l'un des fondateurs et actionnaire est le ministre de l'économie du Gouvernement Bolsonaro, Paulo Guedes. Il apparaît ainsi que la crise sanitaire de la Covid-19 a été l'occasion de régler certains problèmes de la finance mondiale (en ce qui concerne le Brésil), car en effet, ces mesures économiques sont venues à l'aide de banques privées nationales comme internationales.⁵⁹⁻⁶⁰ La crise sanitaire a par ailleurs servi à la relativisation du système de protection de l'environnement. Cela s'est même révélé ouvertement dans un projet du Ministre de l'environnement, Ricardo Salles, qui a déclaré au Président de la République, le 22 avril 2020: « on doit profiter du fait que les yeux des medias sont tournés vers la pandémie pour faire passer le "bétail"... c'est-à-dire les modifications dont on a besoin pour simplifier des exigences liées à l'exploitation économique des réserves forestières ».⁶¹

8. Nous avons évoqué qu'une éventuelle déclaration d'état d'exception en raison de la pandémie serait inconstitutionnelle et nous avons enregistré en ce même sens l'avis également défavorable de l'Ordre des avocats du Brésil au motif que la pandémie ne serait pas accueillie dans le concept d'état d'exception décrit par la Constitution. La publication de la « loi covid » mentionnée ci-dessus confirme cette opinion. On constate que dans l'ordonnancement brésilien, une loi ordinaire semble suffisante pour fournir plusieurs instruments (juridiques, économiques et politiques) afin de lutter contre la pandémie sans que pour autant soient autorisées des restrictions aux droits fondamentaux énumérés par la Constitution en cas d'état d'exception. Si tel est le cas, cette interprétation rend hommage aux principes interprétatifs qui exigent la quête d'une efficacité maximale des droits

⁵⁸ En ce qui concerne les mesures économiques prises, c'est sans surprise qu'on voit le gouvernement Bolsonaro afficher fièrement son alignement avec l'agenda du gouvernement Trump pendant la crise sanitaire du coronavirus. En effet, on trouve très peu de mesures prises en faveur de la santé publique, loin de là. Depuis sa campagne présidentielle en 2018, Bolsonaro s'aligne à la non régulation du marché financier, à l'armement de la population civile, à la dérogation de politique publique de vaccination, entre autres. Comme il a même annoncé : « je veux défaire tout ce qui a été fait pendant ces dix dernières années de gouvernement du Parti des travailleurs », en évoquant son opposition politique à ces deux prédécesseurs représentés par le gouvernement Lula (2003-2010) et le gouvernement Dilma (2011-2016) qu'il a lui-même contribué à renverser en tant que député dans un procédures d'impeachment de légalité très controversée.

⁵⁹ https://auditoriacidada.org.br/conteudo/b-i-s-ordena-regulamentacao-de-papeis-podres-em-todo-o-mundo-no-mesmo-dia-banco-central-do-brasil-emite-circular-no-4-028-por-daniel-simoes/?fbclid=IwAR2xi0DnNIK0jlqlejUKdnFpRNv0_8m49IOCsq1BYzH21W73Q1X7AFyR6Ms

⁶⁰ https://psol50.org.br/psol-exige-detalhes-sobre-cessao-de-carteira-de-credito-de-r-29-bilhoes-do-banco-do-brasil-para-o-banco-pactual/?fbclid=IwAR0ZCXXczZLOP7KVZ3agzWfHQYW5MhsTd_f5ge1G_W8MvvhZgj2PTeAbnso

⁶¹ <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-22/salles-ve-oportunidade-com-coronavirus-para-passar-de-boiada-desregulacao-da-protecao-ao-meio-ambiente.html>

fondamentaux ainsi que l'interdiction de rétrocéder en matière d'acquis fondamentaux.

9. Par ailleurs, en ce qui concerne le contrôle sur la population pendant la pandémie, le Ministre de la Justice a commandé aux services secrets une enquête sur 579 fonctionnaires et professeurs. Cette action n'a pas de prévision légale. Ces personnes ont en commun le fait d'afficher publiquement leur mécontentement à propos du Gouvernement et sa gestion de la crise sanitaire. Cet épisode est aujourd'hui devant la Cour constitutionnelle en attente de jugement. Après le retrait du rapport d'enquête, le Conseil de contrôle de l'Administration a publié un document présentant des directives et des sanctions visant limiter les manifestations publiques des fonctionnaires, surtout sur les réseaux sociaux numériques.⁶² Cet événement ayant eu lieu pendant le mois de juillet, et révélé par les médias, a été confirmé par le Ministère de la justice qui a fait dissidence du Gouvernement.⁶³

10. Par ailleurs, les nouveaux partenariats avec le secteur privé des services d'éducation sont également soupçonnés d'irrégularités, car ils auraient bénéficié eux aussi des avantages du gouvernement Bolsonaro grâce à la loi covid qui autorise l'acquisition de biens et services sans appel d'offre. Ces contrats font objet d'une question de constitutionnalité non encore décidée en raison, entre autres, du manque de protection relatif aux données privées des étudiants.⁶⁴

III – Note de synthèse

La crise sanitaire au Brésil a créé un contexte particulier qui a approfondi une crise institutionnelle préalable. Des rapports tendu entre l'exécutif fédéral et le gouvernement des états-membres a fini par morceler les régimes juridiques pour la gestion de la pandémie. En effet, en l'absence de directives claires du gouvernement central et vu sa résistance à réaliser la destination budgétaire pour lutter contre la crise sanitaire, chaque état-membre de la fédération a adapté à son échelle les politiques de santé publique issues des règles constitutionnelles de répartition de compétences. Le modèle fédératif brésilien a ainsi permis de gérer tant bien que mal la propagation du virus qui s'est étendue inégalement dans le territoire national, touchant certaines régions plus sévèrement que d'autres.

Si cette solution a permis d'organiser une réponse à la crise sanitaire, elle a en revanche créé des régimes juridiques difficiles à analyser à court terme. Certains états-membres sont en train d'adopter un régime propre, individuel, d'autres se

⁶² https://www.poder360.com.br/brasil/cgu-edita-norma-que-regula-punicao-a-servidor-que-fizer-critica-na-internet/?fbclid=IwAR2hdyAzPxI2p5j0_jpZgUa7aX170OvPxjme1SUDFJx86SM1iiyJEfK3YwU

⁶³ <https://www.metropoles.com/brasil/inteligencia-do-ministerio-da-justica-listou-579-servidores-antifascistas>

⁶⁴ <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2020/07/educacao-vigiada-em-troca-de-parcerias-gratuitas-governos-entregam-a-grandes-empresas-dados-da-educacao-publica/>

sont réunis en consortium, phénomène jusqu'alors inconnu du droit brésilien. Certains n'ont pas encore adopté de régime propre car le pic d'infection n'arrive qu'en ce moment, et enfin il y a ceux qui ont fait le choix de n'adopter aucun régime spécial, en s'alignant à l'idéologie du gouvernement central.

La régularité de la mise en place de l'état d'urgence sanitaire est formellement conforme à la Constitution. La mise en place de l'état d'urgence sanitaire à partir de la déclaration de « calamité publique » par le Décret législatif n°6/20 du Sénat le 20 mars 2020 semble également régulière du point de vue du respect du processus législatif. On remarquera cependant que ce type de moyen procédural est plutôt inattendu. Compte tenu du système constitutionnel brésilien qui adopte le régime présidentiel, on pourrait s'attendre à ce que les mécanismes prévus et mis à disposition du Président de la République par la Constitution soient déclenchés, tels que les modalités de l'état d'exception.

Quant à la régularité du régime juridique adopté pendant l'état d'urgence sanitaire la question est plus complexe. Suite à la déclaration de « calamité publique » qui est l'élément formel autorisant le déclenchement des normes exceptionnelles prévues par la législation infraconstitutionnelle, plusieurs mesures ont été prises par les différents états-membres pour lutter contre la crise sanitaire. On parle donc de plusieurs régimes juridiques qui coexistent et qui semblent de prime abord conforme à l'ordonnancement. Mais il faut être prudent dans cette affirmation. Si la dispense de respecter l'équilibre des comptes et par conséquent l'autorisation légale d'affecter des dépenses supplémentaires et extraordinaires pour acquérir des biens et services nécessaires au combat contre la maladie a permis aux chefs de l'exécutif des pouvoirs exécutif fédéral, régional et local d'agir en attendant les directives d'un Ministre de la santé qui a tardé à s'affirmer, cette situation extraordinaire a généré d'innombrables dénonciations d'irrégularités encore en cours de jugement.

Il est intéressant de souligner deux phénomènes juridiques :

a. Tout d'abord la réunion de neuf états-membres de la région nord-est du Brésil afin de définir entre eux une politique de santé commune pour combattre la pandémie indépendamment du Gouvernement Bolsonaro. Ledit « Consortium nord-est » est un « objet juridique » qui n'a pas d'assise constitutionnelle. C'est plutôt un fait juridique qui mérite d'être étudié dans l'avenir, car il semble bouleverser le principe constitutionnel de l'unicité des entités fédératives et donner un nouveau visage au devoir de lutter contre les inégalités régionales. Cette « diplomatie parallèle » comme elle est nommée par ses détracteurs, n'est cependant pas un fait juridique tout à fait inattendu pour un observateur attentif à l'évolution de la scène politique brésilienne car ces dernières années ont vu des clivages politiques bien marqués entre les régions et le gouvernement central.

b. On constate la publication d'une loi fédérale précédente au Décret législatif qui déclare la « calamité publique ». En effet, dès le 6 février la loi 13.979/20 a lancé une alerte et a mis en garde sur la crise sanitaire internationale qui s'annonçait et qui, à ce moment-là, n'était pas encore déclarée au Brésil. Cette loi est aujourd'hui l'épicentre de controverses de toutes natures y compris d'inconstitutionnalité. D'une part parce que le gouvernement n'exécute pas les mesures qu'elle prévoit pour lutter contre la crise sanitaire, et d'autre part car elle sert de prétexte pour prendre des mesures autres que celles liées à la crise sanitaire sans se préoccuper de la responsabilité administrative et fiscale. En même temps, elle sert de support de légitimité aux divers régimes juridiques régionaux en ce qui concerne les mesures sanitaires prises en réaction à l'inertie du gouvernement central. Ce dernier point a d'ailleurs été déclaré conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle.

Pour finir, il faut préciser que la loi qui déclare l'état d'urgence sanitaire révoque seulement en partie les normes de droit commun, car elle n'a été dans un premier temps qu'une déclaration de l'état d'urgence, une mise en alerte donc. C'est postérieurement qu'elle est devenue constitutive d'un régime juridique d'exception. Mais là encore, cette exceptionnalité est partielle. D'une part parce que certains dispositifs de cette loi seront écartés par contrôle de constitutionnalité préventif, d'autre part car cette déclaration d'urgence est en fait le critère formel nécessaire à l'application des dispositifs préexistants dans la législation infraconstitutionnelle, en ce sens elle n'apporte qu'une innovation partielle.

INDEX

Etat de défense	caratère temporaire, 4, 10, 12
durée, 11	normalité sociale ou institutionnelle, 3, 10
hypothèse constitutionnelle, 4	normalité sociale ou institutionnelle, absence, 7
Etat de défense ou état de siège	procédure de déclenchement, 7, 8, 22
différences, 8	renouvellement, 7, 10, 11
Etat de siège	restriction des droits et libertés, 4, 5, 11, 12, 13, 17, 21
critère objectif, 9	théorie et pratique, 11
critère subjectif, 8	
définition, 4	
fondement constitutionnel, 7	
procédure, 8	
Etat d'exception	