

RAPPORT BRÉSILIEN*

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ EN DROIT BRÉSILIEN : DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE ET CONCRÉTISATION PAR LE SUPREMO *TRIBUNAL FEDERAL*

PAR

ROGER RAUPP RIOS**

JUGE FÉDÉRAL, DOCTEUR EN DROIT

PROFESSEUR AU MASTER RECHERCHES DES DROITS DE L'HOMME DE L'UNIVERSITÉ UNIRITTER

INTRODUCTION (1)

La présentation du principe d'égalité en droit brésilien peut suivre différentes approches, chemins et perspectives. Une approche scientifique, de nature dogmatique, s'occuperait de l'analyse des normes juridiques en vigueur et de la façon dont elles sont perçues par la doctrine et la jurisprudence, en tenant en compte les concepts et les catégories juridiques employés notamment par la théorie des droits fondamentaux et par la jurisprudence constitutionnelle. De cette façon, il s'agirait d'identifier les normes constitutionnelles relatives à l'égalité, tout en désignant leur contenu juridique, leurs dimensions, leur efficacité juridique, les éventuelles limitations et restrictions, ainsi que des régimes spécifiques du droit à l'égalité.

* Rapport remis aux directeurs de la publication entre juin 2010 et décembre 2011 et traduit du portugais par M. Domingos Paiva de Almeida.

** Contact : roger.raupp.rios@gmail.com

(1) Liste des abréviations : AC – Ação Cautelar; ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade; ADI-MC – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade; AgR – Agravo Regimental; AgRg – Agravo Regimental; AI – Agravo de Instrumento; HC – Habeas Corpus; MC – Medida Cautelar; MI – Mandado de Injunção; MS – Mandado de Segurança; Pet – Petição; Rcl – Reclamação; RHC – Recurso de Habeas Corpus; RE – Recurso Extraordinário; RMS – Recurso em Mandado de Segurança; RP – Representação; STF – Supremo Tribunal Federal.

À côté d'une telle approche dogmatique, il serait possible d'examiner la trajectoire de l'égalité dans l'ordre juridique national dans son ensemble ou dans une certaine branche du droit ; il serait possible encore d'examiner le droit à l'égalité sous la perspective d'un groupe ou de différents groupes sociaux donnés, dont l'histoire et la condition juridique seraient illustratives de l'état actuel du droit à l'égalité au Brésil, comme, par exemple, celui de la population noire ou indienne, depuis le droit colonial jusqu'à aujourd'hui, ou de la population homosexuelle, et le développement plus récent du droit à l'égalité au Brésil.

Dans ce but, le présent article se divise en deux parties. Dans la première partie, d'ordre historique, nous proposons une compréhension de l'égalité par l'examen de la dynamique historique du droit brésilien, en fonction du caractère et de l'expérience historique nationaux. Dans la seconde partie, d'ordre dogmatique, nous présenterons les contenus juridiques du principe d'égalité en droit brésilien, tels qu'ils ont été concrétisés par la jurisprudence de la Cour suprême (*Supremo Tribunal Federal – STF*), qui est l'organe supérieur du pouvoir juridictionnel national, chargé de la protection et détenteur du dernier mot en matière d'interprétation de la Constitution.

La première partie est sous-divisée en deux sections : dans la première, il est présenté une explication des ambiguïtés et de l'anthropophagie dans la vie et la culture nationales ; dans la seconde, sont présentées les conséquences de telles dynamiques dans le développement du principe d'égalité en droit brésilien. Pour sa part, la seconde partie traite, à partir de la jurisprudence de la Cour suprême, de la concrétisation de l'égalité dans ses aspects les plus importants : ligne argumentative, développements principaux, éléments du droit de l'antidiscrimination (parmi lesquels, les critères de discrimination qui sont interdits et les actions affirmatives) et la force normative du principe.

I. – APPROCHE HISTORIQUE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ EN DROIT BRÉSILIEN : ANTHROPOPHAGIE ET « JURIDIPHAGIE »

A. – *L'histoire et le caractère national : entre ambiguïtés et anthropophagie*

Afin de mettre en contexte et de mieux comprendre le développement de la compréhension du principe d'égalité en droit brésilien, il est utile de faire mention de deux dynamiques récurrentes de notre expérience, à savoir :

a) La présence récurrente d'ambiguïtés et de contradictions tout au long de notre expérience nationale, qui a donné lieu à une réalité

dominée par des amalgames et des compositions constants, souvent tendus et paradoxaux ;

b) La dynamique « anthropophagique », comprise comme étant la capacité de s'inventer de manière originale, par le biais de l'absorption d'éléments étrangers et autochtones, remodelés et transformés continuellement.

La première peut être illustrée par le biais d'un passage de l'œuvre de Joaquim Nabuco, grand abolitionniste de l'esclavage, dans laquelle le caractère ambigu et les compositions entre deux pôles contradictoires sont évidents.

De façon très honnête et humaine, il expose :

« Ainsi j'ai combattu l'esclavage de toutes mes forces, je l'ai repoussé de toute ma conscience, en tant que déformation utilitaire de l'être, et au moment où je l'ai vu finir, j'ai pensé pouvoir demander aussi mon affranchissement, dire mon *nunc dimittis*, pour avoir entendu la meilleure nouvelle qu'au cours de ma vie Dieu aurait pu donner au monde ; mais alors qu'il se trouve éteint, une nostalgie particulière se fait sentir, qui aurait beaucoup surpris à un Garrison ou à John Brown : la *saudade* (2) de l'esclave ». (Nabuco, 1988 : 231).

Une telle dynamique peut également être observée sur le plan politique et institutionnel, encore une fois dans le sens de l'apparition de contradictions et de paradoxes. L'Indépendance du Brésil a été proclamée par le fils du monarque portugais, qui après la mort de son père revient à la Métropole pour devenir Roi du Portugal à son tour ; la République a été proclamée par un militaire monarchiste ; le régime de gouvernement civil postérieur à la dictature militaire, laquelle a duré de 1964 à 1985, a été mené par des hommes politiques conservateurs liés historiquement aux forces du régime militaire.

La perception de l'anthropophagie en tant que dynamique nationale pour sa part, remonte directement aux mentors de la Semaine d'Art Moderne de 1922. En effet, si c'est dans l'histoire de l'art brésilien qu'Oswald de Andrade redéfinit le terme dans son *Manifeste Anthropophagique* (Andrade : 1972) (dans la vision positive du modernisme, notre nature cannibale permettrait l'assimilation critique des idées et des modèles européens, puisque nous sommes capables de digérer les formes importées pour créer quelque chose de véritablement national, plutôt que simplement copier les modèles européens), la même dynamique pourrait s'appliquer aussi au droit national. Dans la longue liste des ingrédients que connaît le droit brésilien, nous rencontrons des morceaux de droit portugais et médiéval sous la période coloniale, des

(2) Le mot portugais « *saudade* » n'a pas d'équivalent dans d'autres langues. En français, l'équivalent le plus proche est « nostalgie » (N. de T.).

portions de droit français sous l'Empire (tout particulièrement dans la Constitution de 1824 et aussi en droit administratif), des mesures de droit nord-américain dans l'organisation des pouvoirs de la République naissante en 1891, des morceaux de droit allemand et français en droit privé, des portions de droit italien en procédure civile et pénale, des parties significatives de droit allemand après la Constitution de 1988, le tout étant de nature à exprimer notre capacité digestive impressionnante, qui ne se voit pas intimidée face à une riche et dense *feijoada* (3), selon l'allégorie de Peter Fry (2005).

La prise en compte de ces dynamiques et de leurs conséquences respectives, constitue un élément de mise en contexte important, pour comprendre le contenu juridique du principe d'égalité au Brésil.

B. – *Les limites de l'égalité juridique et la «juridiphagie»
dans le développement du principe d'égalité*

Il convient de commencer la présentation en expliquant le développement du principe d'égalité dans le contexte de notre dynamique d'ambiguïtés et contradictions.

Le premier élément d'explication du régime juridique de l'égalité au Brésil réside dans l'approche toujours en vigueur du principe d'égalité selon la distinction entre les dimensions formelles (égalité devant la loi) et matérielle (traiter également les égaux et inégalement les inégaux). Cet élément d'explication existe depuis la Constitution de 1824 jusqu'à la jurisprudence actuelle du *Supremo Tribunal Federal*. Avant 1824, comme nous le savons, ce qui prévalait était le particularisme différentialiste, non égalitaire, inscrit dans le Livre II des Ordonnances Philip-pines, qui traite les nobles et le clergé en tant que classes privilégiées.

L'égalité de tous devant la loi a été affirmée par la Constitution de 1824, art. 179, paragraphes 13 à 17. Cette formule a été interprétée par la doctrine nationale comme comprenant non seulement l'égalité formelle, mais aussi l'égalité matérielle. C'est ce qu'enseigne José Afonso da Silva, qui, d'ailleurs, fait état de la compréhension et de la portée de la clause d'égalité devant la loi en droit brésilien :

« Dans le droit étranger, il est fait la distinction entre le principe d'égalité devant la loi et d'égalité dans la loi. Le premier correspond à l'obligation d'appliquer les normes juridiques générales aux cas concrets, conformément à ce qu'elles prescrivent, même s'il en résulte une différence de traitement, ce qui caractérise l'égalité purement formelle, alors que l'égalité dans la loi exige qu'il n'y ait pas dans les normes juridiques des distinctions qui ne soient autorisées par la Constitution même. Enfin,

(3) La «*feijoada*» est un plat populaire au Brésil et au Portugal, à base de haricots noirs (*feijão* : haricot en portugais), de riz et de viande de porc. (N. de T.).

selon cette doctrine, l'égalité devant la loi serait une exigence adressée à tous ceux qui font application des normes juridiques générales à des cas concrets, tandis que l'égalité dans la loi serait une exigence adressée aussi bien à ceux qui créent les normes juridiques générales, qu'à ceux qui en font application à des cas concrets. Chez nous, cette distinction n'est pas nécessaire, parce que tant la doctrine que la jurisprudence ont entendu depuis longtemps que l'égalité devant la loi signifie ce qu'à l'étranger désigne l'expression dans la loi, à savoir : le principe s'adresse à la fois au législateur et à ceux qui appliquent la loi. Le principe signifie, pour le législateur – comme le fait remarquer Seabra Fagundes – 'que, lors de l'élaboration de la loi, (il) doit régir, par le biais de dispositions similaires – les mêmes charges et les mêmes avantages – sur des situations identiques, et, inversement, il faut distinguer, dans la répartition des charges et des avantages, des situations qui sont distinctes les unes des autres, de façon à les faire bénéficier ou les faire supporter dans la mesure de leur diversité'. En effet, Francisco Campos, à juste titre, a même soutenu que le législateur était le destinataire principal de ce principe, parce que s'il pouvait créer des normes distinctes en fonction des personnes, des choses ou des faits qui devaient être traités avec égalité, le principe constitutionnel deviendrait alors totalement inutile, et à lui de conclure que 'dans les systèmes constitutionnels tels que le nôtre il n'y a pas de doute quant au destinataire principal du principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Le principe de la Constitution s'adresse tout particulièrement au législateur qui, effectivement, au point de vue utilitaire, en est le seul destinataire. Celui qui applique la loi se trouve nécessairement déjà dans l'obligation de l'appliquer conformément aux critères prévus dans la loi même. Si celle-ci se trouve véritablement déjà soumise au principe d'égalité, le critère d'égalité devient obligatoire pour celui qui applique la loi en raison du simple fait que la loi l'oblige à l'exécuter fidèlement dans le respect des critères qu'elle énonce' ». (2007 : 215).

La dimension formelle et la dimension matérielle du principe de l'égalité résument ensemble la conception traditionnelle et toujours en vigueur de l'égalité juridique en droit brésilien.

Sur la base de cette interprétation du principe d'égalité en tant qu'égalité juridique, vient alors se rajouter le phénomène des ambiguïtés et des paradoxes nationaux en faisant introduire d'autres éléments dont la connaissance est nécessaire à une compréhension plus précise du principe de l'égalité en droit brésilien. Ainsi par exemple, l'égalité juridique a pu être conciliée entre 1824 et 1888 avec la soumission à l'esclavage de la population noire ; entre 1824 et 1932, avec la restriction des droits politiques des femmes, et jusqu'en 1962 avec l'absence de pleine capacité civile des femmes mariées ; et en nous référant à un cas contemporain, de 1824 jusqu'à nos jours, avec l'opposition à la reconnaissance des droits civils des homosexuels, tel que le mariage. Cela a pour cause une interprétation conservatrice de l'égalité matérielle, en fonction de laquelle les différences raciales, ethniques et sexuelles constituent un prétexte justifiant l'infériorité, voire la violation de la dignité et même la privation de personnalité juridique.

Par conséquent, malgré le fait que chez nous l'égalité juridique est un remède indéniable aux privilèges qui peuvent être illustrés par des expressions récurrentes telles que « Sais-tu à qui tu parles ? », et qu'elle constitue un instrument révolutionnaire contre la société foncière et le particularisme, elle connaît cependant une cohabitation ambiguë et contradictoire avec l'existence d'inégalités et d'exclusions.

Après avoir fait mention de ces limites et de l'ambiguïté existantes dans la concrétisation de l'égalité, il convient de parler de l'histoire de la conception juridique du principe au Brésil.

En effet, la dynamique anthropophagique – ou juridiphagique s'il nous est permis d'utiliser un tel néologisme – peut aider à comprendre le principe d'égalité en droit brésilien. Dans ce processus culturel qui consiste en la digestion d'une série d'éléments étrangers faisant l'objet d'un amalgame au sein d'une substance nouvelle vis-à-vis de la réalité nationale, il est possible de constater la présence d'influences du droit français, du droit nord-américain, du droit allemand et du droit international des droits de l'homme.

L'influence du droit public français en droit brésilien et dans la Constitution de l'Empire est très claire. Pimenta Bueno dans son ouvrage classique « Droit Public Brésilien et Analyse de la Constitution de l'Empire », en énumérant 32 ouvrages importants pour l'étude du droit public, en indique pas moins de 24 français. Dans son commentaire sur le droit à l'égalité prévu à l'article 179, paragraphes 13 à 17, et plus particulièrement sur la clause d'égalité dans l'accès aux emplois publics, Pimenta Bueno conclut son explication par des citations françaises non traduites, différemment de la méthode employée quelques pages auparavant concernant le droit nord-américain, dès lors que la connaissance de la langue française était considérée comme étant obligatoire pour les académiciens du droit.

Dans son commentaire relatif au paragraphe sur l'égalité d'accès aux emplois publics, dit Pimenta Bueno :

« Notre paragraphe constitutionnel est rempli de justice, de prévoyance et d'avantages sociaux : 'jadis on pouvait être beaucoup par sa position, maintenant on n'est quelque chose que par soi-même; jadis on voulait des titres, maintenant on demande des talents, nouvelle espèce de noblesse, qui s'entend dans l'avenir, comme l'ancienne dans le passé' (4) » (1958: 413).

Au cours de l'histoire constitutionnelle brésilienne postérieure à 1824 et antérieure à 1988, la proclamation de l'égalité juridique, formelle et matérielle, a perduré. En dépit de quelques restrictions et renforts de l'égalité juridique ça et là (la Constitution de 1824 par exemple, distin-

(4) L'extrait figure en langue française. (N. de T.).

guait les catholiques des non-catholiques en matière de capacité électorale, à l'article 95, III; la Constitution de 1934 pour sa part, a introduit dans l'histoire constitutionnelle nationale une énumération des critères de différence de traitement prohibés en tant qu'expression de l'égalité formelle, dans son article 113, à savoir: la naissance, le sexe, la race, la profession ou celle des parents, la classe sociale, la fortune, les convictions religieuses ou les idées politiques), le droit à l'égalité au Brésil a commencé à connaître de façon explicite l'afflux de nouveaux éléments, nettement inspirés du droit étranger, à partir de 1988.

Parmi ces nouveaux éléments, la théorie et la pratique juridiques post-1988 prennent en compte, directement sur la base du texte constitutionnel ou par voie doctrinale ou jurisprudentielle, ceux qui suivent:

a) en provenance du droit allemand: la théorie des droits fondamentaux, la technique de la proportionnalité en vue de l'interprétation et de la résolution de conflits entre des principes, ainsi que l'efficacité horizontale du droit fondamental à l'égalité dans les rapports entre les particuliers; l'efficacité horizontale trouve un exemple dans la décision du *Supremo Tribunal Federal* qui a déclaré inconstitutionnel le règlement intérieur d'une société multinationale française pour avoir réservé les postes de dirigeant au Brésil uniquement à des ressortissants français; la technique de la proportionnalité pour sa part, trouve un exemple dans la décision qui a déclaré inconstitutionnelle une norme ayant autorisé le transfert *ex officio* d'un agent public jusqu'alors inscrit dans un établissement privé d'enseignement privé, vers un établissement public;

b) en provenance du droit nord-américain: l'inclusion des actions affirmatives dans le texte constitutionnel et dans la législation *infra*-constitutionnelle, tel qu'illustré par la réservation de quotas pour les personnes portant un handicap, ou encore la constitutionnalisation des valeurs reposant sur la diversité régionale et culturelle en matière de communication sociale, ainsi que l'adoption de quotas réservés aux femmes dans la législation électorale;

c) en provenance du droit international des droits de l'homme: l'attribution de valeur constitutionnelle aux conventions internationales relatives à l'interdiction de la discrimination raciale et de la discrimination contre les femmes, dont notamment la reconnaissance de la discrimination non seulement intentionnelle, mais aussi de celle de nature indirecte, résultant de l'impact différencié des mesures en apparence neutres mais qui en réalité portent une atteinte spécifique à certains groupes sociaux (ainsi le *Supremo Tribunal Federal* a déclaré inconstitutionnel l'amendement à la Constitution qui avait restreint le montant de l'engagement de l'État vis-à-vis du financement de l'allocation-mater-

nité, dès lors qu'une telle mesure portait une atteinte spécifique à la situation des femmes sur le marché du travail);

d) en provenance du droit national: bien que cela existe dans d'autres ordres juridiques, il convient de souligner la reconnaissance claire de l'obligation de promouvoir l'égalité de fait, au-delà de l'égalité juridique, ainsi que la reconnaissance de droits meta-individuels, qui n'appartiennent pas à un seul sujet, mais à une collectivité ou à un nombre indéterminé et diffus de personnes, protégeant des communautés ou des groupes sociaux contre la discrimination, afin de promouvoir leur insertion sociale en luttant contre l'inégalité de fait et l'exclusion sociale. Un exemple en est la reconnaissance constitutionnelle des terres appartenant aux communautés des descendants d'esclaves ou des populations indiennes.

L'ensemble de ces ingrédients, traités par notre dynamique «juridiphagique» a donné lieu en ce qui concerne le principe d'égalité et son développement post-1988, au tableau que voici:

a) la reconnaissance de l'égalité juridique, en mettant l'accent sur ses dimensions formelle et matérielle;

b) la coexistence de l'obligation de promouvoir l'égalité de fait avec l'égalité juridique, en tendant même vers une interprétation de l'égalité matérielle qui impose des traitements différenciés en vue combattre la discrimination et l'exclusion des individus et des groupes sociaux;

c) la prévalence d'une théorie du droit à l'égalité ancrée dans les concepts et catégories du droit allemand, en particulier la théorie des droits fondamentaux;

d) la reconnaissance des droits à l'égalité n'appartenant pas à un seul sujet, mais à des intérêts meta-individuels;

e) l'accroissement des demandes juridiques contraires à la discrimination, directe ou indirecte, ainsi que la réceptivité constitutionnelle aux actions affirmatives, donnant corps à une véritable branche d'étude et de pratique juridiques émergente, aujourd'hui appelée «droit de l'anti-discrimination»;

f) la tendance à l'identification et à la concrétisation de l'égalité par le biais de la reconnaissance explicite de sujets de droit divers, qui ont subi des discriminations tout au long de l'histoire sociale et juridique nationales, comme le montrent les Statuts de la Personne âgée, le projet de Statut de l'Égalité Raciale, l'incorporation de la Convention sur les droits des personnes portant un handicap, le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent, ainsi que la reconnaissance constitutionnelle des groupes fondateurs de la communauté nationale, tels que les noirs et les indiens;

g) l'évolution de l'interprétation des critères prohibés de différence de traitement que la Constitution énumère, de manière à élargir la concep-

tion de la protection fondée sur des facteurs qui vont au-delà d'une interprétation littérale, sans oublier que l'énumération ne constitue pas un *numerus clausus* puisqu'elle est d'ordre seulement illustrative. La protection constitutionnelle des transsexuels et des homosexuels sur fondement de l'interdiction de la discrimination en raison du sexe constitue une hypothèse qui illustre une telle tendance.

Ainsi aperçue la dynamique historique du principe de l'égalité en droit brésilien, il est possible à présent de s'intéresser à l'étude du contenu juridique de ce principe en droit national contemporain, conformément à la concrétisation que le *Supremo Tribunal Federal* lui accorde.

II. – LA CONCRÉTISATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ PAR LE *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL* DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL DE 1988

L'ordre constitutionnel de 1988 a inauguré en droit brésilien un moment unique, étant donné la reconnaissance attribuée aux droits et garanties fondamentaux. Dans son but de concrétisation, il faut souligner la mission confiée au *Supremo Tribunal Federal*, en tant que gardien de la Constitution. Parmi les droits fondamentaux le principe d'égalité émerge de manière immédiate et incontestable, tant en raison de son rôle dans l'histoire juridique et politique des sociétés démocratiques, qu'en raison de sa portée sur l'ensemble du système juridique.

La lecture des décisions rendues par le *Supremo Tribunal Federal* révèle, en ce qui concerne le principe d'égalité, des aspects divers, parmi lesquels il convient de mettre en relief : la ligne argumentative développée par cette juridiction et ses corollaires ; l'affirmation de la force normative du droit à l'égalité et la reconnaissance du commandement antidiscriminatoire qui est inhérent au droit à l'égalité, ainsi que la reconnaissance des actions affirmatives.

A. – *Le contenu juridique du principe d'égalité : ligne argumentative et développements*

1. *Ligne argumentative*

Conformément à la jurisprudence hégémonique antérieure à la Constitution de 1988, le *Supremo Tribunal Federal* comprend le droit à l'égalité dans ses dimensions formelle et matérielle. Dans ce sens, la Cour emploie également la distinction entre les expressions « égalité dans la loi » et « l'égalité devant la loi ». La première opère « dans une phase de généralité purement abstraite – elle constitue une exigence destinée au législateur

qui, dans son processus de formation, ne peut pas inclure des facteurs de différence de traitement, qui seraient responsables pour la rupture de l'ordre isonomique. L'égalité devant la loi, cependant, qui suppose que la loi ait déjà été élaborée, traduit l'application adressée aux autres pouvoirs étatiques qui, dans l'application de la norme légale, ne peuvent pas la subordonner à des critères qui donnent lieu à un traitement sélectif ou discriminatoire » (vote du juge Celso Mello, MI(5) 58/1990).

En outre, la Cour réaffirme une compréhension large de l'égalité formelle, en faisant notamment mention à l'enseignement classique de San Tiago Dantas, pour qui le principe d'égalité devant la loi autorise l'interdiction des distinctions arbitraires faites par les lois, en concevant l'égalité en tant qu'égalité proportionnelle, au lieu d'une conception simplement mathématique ou paritaire (ADI 1276-2/1995).

Il est intéressant de préciser qu'une telle proposition doctrinale, bien que antérieure à la Constitution de 1988, portait déjà en soi l'interdiction d'un comportement d'indifférence et de méconnaissance des « inégalités naturelles », nonobstant le fait que la jurisprudence antérieure à 1988 ait été complaisante à l'égard des inégalités. À cet effet, il convient de transcrire un extrait de l'œuvre de San Tiago Dantas, qui a été citée dans la motivation de la décision ci-dessus mentionnée :

« Le principe de l'égalité juridique ne se traduit pas, dans le domaine du droit – tel qu'une opinion dépassée ou tendancieuse souhaite le faire croire – par l'ignorance de cette inégalité naturelle. Il s'agit plutôt d'un effort pour la mettre en balance, de sorte à compenser le jeu des infériorités afin qu'elles ne favorisent une protection juridique inégale, dès lors qu'il est certain que les charges et les récompenses, le succès et l'échec, suivront avec plus ou moins de régularité les variations naturelles, alors qu'il n'est pas souhaitable que l'acte de rendre la Justice demeure sous la même influence ».

La jurisprudence développée depuis 1988 en ce qui concerne la ligne argumentative qui préside la mise en œuvre de l'égalité par l'invocation des dimensions formelle et matérielle, vise à surmonter les tendances vers le désengagement argumentatif au regard des traitements différenciés et de la légitimation des inégalités existantes, qui peuvent être constatées dans la période précédente.

À plusieurs reprises en effet, la Cour a annulé les mesures étatiques en raison de l'absence de motifs suffisants pour justifier un traitement distinct, exprimant ainsi son rejet de l'incompatibilité de l'inégalité face à la clause de l'égalité de tous devant la loi.

(5) Sont utilisées dans cet article les abréviations que la Cour suprême brésilienne énumère sur son site internet pour désigner les différentes voies de recours existant en droit brésilien (voir liste ci-jointe).

Dans d'autres décisions, la Cour a examiné de façon claire et explicite la constitutionnalité de la différence de traitement, en faisant usage de l'exigence du caractère raisonnable de la distinction, ce qui a donné lieu à l'interdiction des mesures arbitraires en cause. Contrairement à la technique dominante auparavant, il est possible de constater désormais l'exigence qui fait peser la charge argumentative dans la démonstration de la cohérence logique entre le critère de différence de traitement et la différence de traitement en question. Ainsi dans l'ADI 1283-5 (1995), la Cour a déclaré constitutionnel le fait de donner préférence lors d'un concours interne du Ministère public, aux procureurs qui accomplissaient déjà les fonctions relevant des emplois à pourvoir, dès lors qu'en l'occurrence il ne s'agissait pas de raisons arbitraires.

La ligne argumentative a évolué notamment avec l'application du principe dans des hypothèses variées relevant des différentes branches de l'ordre juridique, à l'instar tout particulièrement du droit électoral et du droit fiscal. Un tel développement est illustré notamment par les *ementas* (6) de différents arrêts portant sur le droit à l'égalité. Ainsi par exemple, l'ADI-MC 1.076/1994 est explicite quant au processus argumentatif exigé (nous soulignons) :

« *EMENTA* : Financement des campagnes électorales : interdiction de financement par des entités syndicales et entités représentatives d'une profession (loi 8.713/93, art. 45, VI) : **recours en inconstitutionnalité pour atteinte au principe d'égalité** : rejet de la demande en référé, contrairement en partie au vote du juge rapporteur et de ceux qui l'avaient rejoint pour suspendre l'interdiction visant les entités non syndicales représentatives d'une profession. 1. Considérations générales quant au problème de la réglementation et de la tentative de réduire l'influence inévitable du pouvoir économique dans les élections – en tant que défi le plus dramatique du droit électoral contemporain – et relatif à la tentative de solution contenue dans la loi 8.713/93 qui en reconnaissant le caractère dépassé et naïf du régime d'interdictions de la législation antérieure, a pris en compte – en autorisant les financements par des personnes morales et tout particulièrement par des entreprises privées – la réalité incontournable de l'interférence du pouvoir économique dans la lutte pour le pouvoir politique, dans le but de chercher à la discipliner. **2. Maintien toutefois, de l'interdiction du financement par les entités représentatives d'une profession, syndicales ou non syndicales : recours en inconstitutionnalité pour atteinte à l'égalité.** 3. **Soumission du législateur au principe constitutionnel d'égalité, qui, ajouté à la reconnaissance explicite du principe du procès équitable, se traduit par l'exigence du caractère raisonnable des dispositions légales et par l'interdiction des lois arbitraires.** 4. Caractère raisonnable de l'interdiction en cause, par rapport aux entités syndicales, étant donné la limitation du principe constitutionnel de leur liberté et autonomie par la règle, également de rang constitu-

(6) Une « *ementa* » est un résumé énumérant les motifs et la solution d'un arrêt, qui est publié à la tête du document. Les praticiens du droit et la doctrine s'y réfèrent régulièrement, puisqu'elle a l'avantage de synthétiser les motifs déterminants de la décision, dont le corps est souvent assez long. (N. de T.).

tionnel, de l'unicité qui – outre le fait de leur conférer le pouvoir de représentation de l'ensemble d'une catégorie professionnelle, indépendamment de l'adhésion individuelle de leurs membres – permet le maintien de la cotisation syndicale, prévue par la loi et constitutive d'un prélèvement obligatoire, dont le champ d'application s'applique également à tous ceux qui font partie de la catégorie professionnelle concernée. **5. La Cour est partagée quant au bien fondé de la demande pour atteinte à l'égalité en ce qui concerne les entités non syndicales représentatives d'une catégorie professionnelle: a) la majorité des voix a estimé que la différence de traitement avait un caractère raisonnable, en vue de la distinction constitutionnelle entre les entités représentatives d'une catégorie professionnelle et les associations en général (cf. Constitution, art. 5°, LXX); b) les voix dissidentes minoritaires, à l'instar du vote du juge rapporteur, sont allées dans le sens de l'absence de cohérence logique entre le critère de différence de traitement – le fait de concerner les entités représentatives d'une catégorie professionnelle – et la différence de traitement légal en question, par rapport au contexte d'une loi, qui a largement autorisé le financement des campagnes électorales par des organisations privées de tout genre, indépendamment de leurs forme et régime juridiques et de leur objet social, et indépendamment de l'absence de lien entre ce dernier et l'activité politique des partis».** (BRASIL, 1994, nous avons souligné)

Parmi les différentes manifestations de la Cour, il convient de mettre l'accent sur celle rendue dans l'ADI 3128-7 (2004), dès lors qu'elle explicite les contenus et les exigences du principe d'égalité. En l'espèce la Cour a examiné la constitutionnalité de l'art. 4° de l'Amendement constitutionnel n° 41, de 2003, dès lors que se posait la question de savoir si la cotisation pour la sécurité sociale exigée des agents publics à la retraite ou de ceux qui avant l'entrée en vigueur de l'amendement avaient déjà satisfait à l'ensemble des conditions nécessaires pour partir à la retraite, portait ou non atteinte à l'égalité.

Le juge rapporteur Madame Ellen Gracie a mis en évidence le fait que l'égalité interdit la différence de traitement illégitime entre des contribuables se trouvant dans une situation identique. Dès lors qu'entre les contribuables il n'existe pas des caractéristiques qui les distinguent, puisqu'ils sont assujettis à un prélèvement obligatoire dans le cadre d'une situation identique (l'ensemble des agents publics à la retraite ou des allocataires de pension), il est avéré qu'il y a eu atteinte à l'égalité. Il s'agit par conséquent d'une ligne argumentative qui soumet la prévision d'un traitement inégal à l'obligation de démontrer une inégalité.

Le second juge rapporteur (7) Monsieur Peluso a souligné pour sa part, non seulement l'exigence juridique qui veut que les normes aient un caractère général (interdiction de *leges ad personae*), comme aussi

(7) Au Brésil, un *second* juge rapporteur est désigné pour rédiger les motifs de l'arrêt dans le sens du vote de la majorité, au cas où celle-ci aurait rejeté les conclusions du juge rapporteur initialement désigné (N. de T.).

l'exigence selon laquelle il doit exister un lien raisonnable et cohérent justifiant la différence de traitement, de manière à écarter le choix de critères arbitraires de différence de traitement ; par la suite, il a estimé qu'il n'existait pas en l'espèce de justification de traitement différent entre les agents publics fédéraux vis-à-vis des agents publics des autres entités fédératives. En se rapportant aux modalités d'atteinte à l'égalité, il les a classifiées selon les formes d'une (1) exception, par une norme ultérieure, d'un régime ou d'un avantage qui s'appliquait auparavant à l'ensemble de la catégorie professionnelle et (2) la présence simultanée dans un même texte de normes de différence de traitement de groupes qui appartiennent à une seule classe ou catégorie juridique. Ensuite, il a souligné le fait que les décisions en matière d'égalité doivent identifier le critère normatif servant de paramètre pour évaluer le bien fondé de la différence de traitement éventuelle, dans une formulation propre à la justification exigée par la dimension matérielle du principe d'égalité (en l'espèce le critère pertinent à la relation logico-juridique a été trouvé dans le montant des avantages).

Le juge Eros Grau, à son tour, a rendu un large exposé sur le droit à l'égalité. En commençant par l'explication du contenu juridique du principe, il l'a divisé en (a) l'égalité (garantie de conditions identiques assurées au sujet de droit se trouvant dans une situation d'égalité de conditions vis-à-vis d'un autre); et (b) dans l'interdiction de privilèges, il a vu dans l'égalité une conséquence de l'universalité des lois en concluant que, vues conjointement l'égalité et l'universalité des lois, elles se traduisent par l'expression « la loi est égale pour tous et tous sont égaux devant la loi » (en citant Vicente Rao). Dès le début de son vote, il a mis en relief le caractère normatif de l'égalité en tant qu'égalité devant la loi visant uniquement à garantir la reconnaissance par la loi des égalités et des inégalités qui existent effectivement entre les hommes (en s'appuyant sur la leçon classique de Francisco Campos dont la citation classifie d'idéologique la valeur de l'égalité qui vise à la transformation de la réalité et qui la distingue de la règle de droit positif – l'égalité devant la loi – « destinée à limiter ou à restreindre l'action de la loi sur les données de la réalité »). Dans son examen de la ligne argumentative du droit à l'égalité, il a souligné que la concrétisation des décisions en matière d'égalité et d'inégalité requiert distinguer les situations en cause et qu'il est nécessaire que la différence de traitement reste compatible avec le contenu du principe. En poursuivant son explication, il a abordé la question relative à l'identification des personnes et des situations qui peuvent faire l'objet d'une différence de traitement sans qu'il y ait atteinte au principe d'égalité, en concluant par l'idée selon

laquelle une différence de traitement sera arbitraire lorsque « il n'est pas possible de trouver pour justifier la différenciation légale, aucune raison raisonnable émergeant de la nature des choses ou qui, sous une certaine forme soit concrètement compréhensible » (en citant Robert Alexy et la cour constitutionnelle fédérale allemande). Il est intéressant de souligner que dans ce même arrêt, lorsqu'il a abordé la question relative à l'interdiction de traitement arbitraire en matière fiscale, le juge Eros Grau a soutenu qu'il suffisait que la différence de traitement soit raisonnable, ce qu'il faut considérer comme telle « la classification qu'un homme bien informé, intelligent, de bons sens et civilisé peut admettre rationnellement » (citation de Sampaio Dória). (8)

Le juge Gilmar Mendes pour sa part a introduit la notion de l'« égalité juste » (empruntée à Canotilho). Selon lui « outre l'exigence de l'égalité matérielle (traitement égal de ce qui est égal et traitement inégal pour ce qui est inégal), le principe de l'égalité présuppose une décision à propos du rapport même d'égalité », dont la réponse conduit à l'interdiction générale de l'arbitraire, alors que l'égalité est respectée lorsque des individus ou des situations égales ne font pas l'objet d'un traitement arbitraire. Ainsi « la réponse se trouverait dans l'interdiction de l'arbitraire en tant que critère essentiellement négatif, sur la base duquel ne sont reconnus que les cas d'inégalité manifeste ».

Il ressort des développements précédents en ce qui concerne la ligne argumentative en matière de décisions sur l'égalité, les deux constats suivants : (1) le dépassement de la complaisance, auparavant observée, à l'égard des mesures non-égalitaires et (2) la variation de ce contrôle plus rigoureux, dont l'intensité peut être plus ou moins accentuée. Sous la modalité de contrôle la plus intense, il est nécessaire de démontrer la cohérence logique entre le critère de différence de traitement et la différence de traitement en question ; en revanche sous la modalité la moins intense, l'atteinte au principe n'a lieu qu'en cas d'inégalité manifeste.

Le contrôle le plus rigoureux trouve un exemple dans l'ADI 467-1 (1991) en exigeant la démonstration de la cohérence entre la distinction effectuée et l'objectif poursuivi. La Cour a suspendu les effets d'une série de normes (notamment des Constitutions des États membres) pour avoir créé une assimilation ou un rattachement indemnitaire entre les carrières juridiques que la Constitution définit comme étant essen-

(8) Le juge Eros Grau, dans une autre affaire (ADI 3070-1/2007), a soutenu explicitement le même raisonnement en faisant valoir des références relatives à la nécessité préalable d'une détermination des sujets qui sont égaux ou inégaux (Platon et Aristote) et relative à la question cruciale de savoir quel est le type d'égalité qui est interdite et d'inégalité qui est admise, ce qui se définit selon que la différence de traitement conserve ou non une compatibilité avec le contenu du principe (Celso Antônio Bandeira de Mello).

tielles au fonctionnement de la justice (à savoir : le Ministère public, le Défenseur des droits, l'Avocature générale de l'État et les commissaires de police), dès lors qu'il n'a pas été possible de démontrer de manière définitive que lesdites normes étaient fondées sur l'existence ou non de l'égalité entre les attributions en cause et le fait d'assimiler éventuellement les fonctions concernées. Il ressort clairement du vote du juge rapporteur qu'outre le fait, pour des raisons de prudence, d'avoir décidé attendre la future décision au fond de la Cour concernant l'application de l'égalité, il impose l'obligation de justifier l'existence d'une égalité de situation en ce qui concerne les tâches affectées aux différentes fonctions en cause. Dans un sens similaire, la décision rendue sous le MI 506 (1997) a également exigé qu'il soit démontré qu'il existe une équivalence entre les situations fonctionnelles au regard du principe de l'égalité. Ainsi en déclarant irrecevable la demande en injonction pour des raisons d'ordre procédural, la Cour a fait peser sur le requérant l'obligation de démontrer qu'il existait une égalité ou similitude entre les attributions des différents postes en question.

Dans le même sens, le RE 115.770-4 (1991) révèle un contrôle plus rigoureux de la Cour au regard de la formulation des décisions en matière d'égalité. Ainsi a-t-elle estimé que l'existence d'une différence entre les biens juridiques et les situations juridiques relevant tantôt du code pénal militaire tantôt du code pénal général, justifiait la constitutionnalité du traitement législatif portant aggravation des peines prévues dans le code pénal militaire par rapport à celles du code pénal général.

La nécessité d'apporter une justification suffisante du critère d'inégalité face au but poursuivi et la compatibilité d'un tel but avec le système normatif – sans quoi, la distinction est écartée comme attentatoire à l'égalité – sont présentes également dans le RE 165.305-1 (1994). Cette décision, outre le fait d'étayer l'évolution historique et les références doctrinales relatives à la différence de traitement en raison de l'âge minimum d'accès aux emplois publics après 1988, révèle aussi une ligne plus rigoureuse de la Cour. Dans le RE 186.589 (1995), il existe un exemple de démonstration de compatibilité de différence de traitement avec les dimensions formelle et matérielle de l'égalité. La mesure étatique a reçu en l'espèce l'aval de la Cour moyennant la prise en compte des deux dimensions du principe d'égalité. Pour notre étude, il est pertinent de constater que la Cour a explicité les raisons conduisant à admettre, du point de vue de l'égalité, la constitutionnalité de la mesure en question, ce qui place son raisonnement dans la ligne d'un contrôle plus rigoureux.

La décision de l'ADI 97/93 illustre la seconde tendance, qui emploie le critère négatif dans lequel la mesure de différenciation est autorisée

sous condition qu'il n'y ait pas d'inégalité manifeste. En l'espèce la Cour a déclaré inconstitutionnelle une norme de la législation d'un Etat membre qui dispensait les membres de la cour des comptes de l'obligation de passer un concours au terme de leur mandat, en soulignant l'incompatibilité de ce traitement différencié au regard du droit à l'égalité étant donné l'existence d'une discrimination manifeste :

« L'extravagance de cette norme est telle que, dès lors qu'il n'existe aucune justification à la différence de traitement à la date de la promulgation de la constitution de l'Etat membre entre les titulaires de mandats électifs et ceux qui électifs et ceux qui n'en sont pas titulaires, la dite norme porte atteinte au principe d'égalité » (Brésil, 1993)

La déclaration d'inconstitutionnalité pour atteinte manifeste à l'égalité est illustrée de manière explicite dans d'autres décisions de la Cour. Ainsi dans l'examen de la question de savoir s'il convenait d'étendre le cercle des bénéficiaires d'une majoration indemnitaire de la Sécurité sociale déterminée par la Loi n° 9.032/1995, il a été décidé qu'il fallait l'appliquer à l'ensemble des assurés sociaux, dont ceux qui percevaient déjà ledit avantage avant l'adoption de la loi en cause. Il a été précisé que « si tous, dont les retraités et les allocataires de pension, sont redevables des cotisations ainsi que des majorations de taux applicables, il y aurait une atteinte manifeste au principe d'égalité si le législateur distinguait, parmi les bénéficiaires, quelques uns comme étant plus privilégiés que d'autres, dès lors que tous doivent cotiser conformément aux mêmes règles pour financer le système. Si les modifications de la législation en matière de financement s'appliquent indistinctement à tous, dès lors que les cotisations sociales ont la nature de prélèvements obligatoires, il n'existe pas de raison pour établir une différence de traitement entre les bénéficiaires sous peine de porter atteinte au principe constitutionnel de l'égalité » (RE AgRg 441767/2005).

La décision rendue dans l'ADI 2620/2007, en écartant la disposition qui admettait la réinsertion dans le service public d'un gendarme qui s'était volontairement détaché dans le but de travailler en tant qu'« attaché spécial », a identifié une atteinte manifeste à l'égalité puisque le traitement appliqué admettait la réinsertion de l'ancien gendarme sans qu'il ait à passer à nouveau un concours public. Également dans la solution de l'ADI 3660-2 (2008), il a été décidé qu'il existait une violation manifeste de l'égalité, face au traitement appliqué à des simples entités privées, en faveur des unes et au détriment des autres, sans qu'il y ait de critère raisonnable apte à légitimer la différence de traitement.

Un autre élément existant consiste dans l'exposé de la ligne argumentative du droit à l'égalité par le biais du concept de **raisonnabilité**. C'est ce qui se constate à différences reprises, dont notamment l'ADI 3128,

ADI-MC 3580/06 (relative aux critères utilisés au concours d'accès à la fonction de notaire), le RE 140.889/00 (examinant le caractère raisonnable du critère de la taille corporelle pour passer un concours public), l'ADI 3522/05 et le RE 221.966/99 (sur l'exigence de diplômes en matière de concours public).

Il ressort de la ligne argumentative qui préside la compréhension du principe d'égalité, d'importants développements dans la jurisprudence de la Cour suprême.

2. *Développements*

La tendance vers un contrôle plus poussé, notamment quant à la charge argumentative tendant à l'emploi plus rigoureux des dimensions formelle et matérielle de l'égalité, a produit des modifications dans la jurisprudence. C'est ce qui se vérifie dans différents domaines, ainsi que par rapport à l'explicitation des composantes du principe d'égalité. De cette façon, il convient de souligner les composantes de l'universalité, de l'abstraction et de la généralité, ainsi que la concrétisation du principe dans les domaines administratif, procédural et électoral, outre les manifestations déjà mentionnées en matière fiscale.

En effet, en ce qui concerne les composantes du principe d'égalité, il existe des manifestations explicites sur l'abstraction, l'universalité et la généralité.

Le rapport entre égalité et universalité, moyennant la censure aux « *leges ad persona* », dépourvues de généralité, a été exprimé dans l'ADI 1355-6 (1995). Par ailleurs dans l'ADI 2474-4 (2003), la Cour a confirmé le respect de l'égalité par la loi d'un Etat membre qui, plutôt que d'avoir fait bénéficier certains contribuables, a prévu un traitement général. Dans le sens inverse, tout en s'appuyant sur la même logique, la décision rendue sous l'ADI 1655-5, 1997 a conclu à l'inconstitutionnalité d'une norme d'un Etat membre qui avait prévu un traitement individualisé pour certains contribuables. Dans l'ADI 3070-1 (2007) le vote du juge Eros Grau identifie l'universalité des lois (« *jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* », en citant Ulpiano) en tant qu'une composante à côté de l'égalité, du commandement selon lequel « la loi est égale pour tous et tous sont égaux devant la loi ».

En mettant en relation les composantes de l'égalité avec le droit électoral, il existe un précédent jurisprudentiel qui déclare incompatible avec la Constitution la législation qui avait voulu conditionner le nombre de candidats au conseil municipal au nombre de représentants du parti à la Chambre fédérale. Il a été décidé qu'il y avait eu une atteinte à l'égalité, dès lors que ladite loi était une « *leges ad persona* » dépourvue de

généralité, en raison du fait de se rapporter à l'état de la représentativité électorale en cours et en fonction exclusivement du résultat des scrutins de l'année 1996 (ADI 1355/2001).

Connectée à ces composantes se trouve la tendance à combattre les privilèges, en tant que conséquence juridique de la charge argumentative exigée par la dimension formelle (ADI 1378/1995, ADI 3853/2007, ADI-MC 1910/2004, RE 236.881/2002). L'aversion aux traitements privilégiés, qui est directement liée à l'égalité trouve également un rapport direct avec le principe républicain (Inq. 1400/2002).

Parmi les différentes branches spécifiques de l'ordre juridique, c'est celle du droit administratif qui connaît au mieux les conséquences de cette compréhension plus forte du principe d'égalité.

L'instrument du concours public offre l'une des manifestations les plus nettes de la rigueur jurisprudentielle quant à la charge argumentative que requiert le principe d'égalité (ADI 1350/2005). À différentes reprises le juge a ainsi sanctionné les critères qui, en l'absence de justifications suffisantes, fragilisent l'égalité formelle. C'est ce qui s'est passé dans l'octroi d'un traitement plus favorable à des candidats qui étaient des fournisseurs de services à un organe de l'administration (AC 559 MC/2005); dans la détermination de limites différentes d'âge pour les candidats civils et les militaires (RE 586.088/09; RE 215.988/06) et dans l'octroi d'un traitement plus favorable à des candidats qui occupaient déjà un poste dans la fonction publique (RMS 21.046/91; AgRgRE 586.088-4/09; ADI 3443-0/05; ADI-MC 2210/00; ADI-MC 2206; ADI 598; ADI 1072/03).

En allant plus loin dans l'examen du bien fondé des critères de détermination d'un traitement différent entre concurrents, la Cour a estimé possible la prévision de critères objectifs lorsqu'il est possible de démontrer leur caractère rationnel, en s'agissant par exemple de la taille corporelle minimum exigée pour la fonction de commissaire de police (RE 140.889-8, 2000).

La procédure de l'appel d'offres est un autre exemple de la portée que la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité exerce en droit administratif. L'ADI 2990(2007) a été catégorique au moment de considérer la procédure de l'appel d'offres en tant que corolaire du principe d'égalité; la Cour a aussi souligné l'existence d'un rapport étroit entre les principes de l'impersonnalité et de l'égalité, en soulignant la difficulté qu'il existe à affirmer l'autonomie du premier par rapport au second (ADI 1283-5, 1995).

Également dans la sphère administrative, il convient d'attirer l'attention sur les décisions relatives à l'interdiction du népotisme, en affirmant

qu'elle découle directement du texte constitutionnel, particulièrement des droit à l'égalité, l'impersonnalité, l'efficacité et la moralité, sans qu'il soit nécessaire que la loi interdise une telle pratique prévue par la loi (parmi d'autres recours: RE 579.951/2008; Rcl 6702 MC-AgRg/2009). La *Súmula Vinculante* (9) n° 13 est une manifestation bien établie d'un tel positionnement:

Porte atteinte à la Constitution la nomination du conjoint, du compagnon ou d'un membre de la famille en ligne directe, en ligne collatérale ou d'un membre de la belle famille, jusqu'au troisième degré compris, de l'autorité compétente ou d'un agent affecté à une fonction de direction – directeur ou adjoint au directeur – au sein de la même personne morale, à un emploi fonctionnel ou emploi en cabinet ou encore, à un emploi ouvrant droit à des indemnités pour travaux supplémentaires et des primes, dans l'administration publique centrale et décentralisée au niveau fédéral, des États fédérés, du district fédéral et des communes, ainsi que l'entente consistant à effectuer des nominations réciproques entre membres des familles respectives (Brasil, 2008).

Un autre domaine dans lequel les exigences liées à l'égalité ont eu lieu est celui du droit de la procédure civile. Il convient de faire mention de deux thèmes importants: le premier a trait à la question récurrente des prérogatives procédurales dont bénéficie l'administration publique; le second, en signalant les limites d'une telle position, est également caractéristique de la jurisprudence de la Cour suprême pour exprimer un contrôle des présupposés de la pertinence et de l'urgence.

Dans l'ADI-MC 1718 (1997) la Cour a décidé à la majorité, en faisant allusion à une orientation bien établie, que les prérogatives procédurales de l'administration publique ne portent pas atteinte à l'égalité, dès lors qu'elles sont fondées sur une distinction rationnelle ayant trait à l'intérêt public. À une conclusion identique est arrivé également le précédent de 1995 (RE 181138).

Il est opportun de signaler néanmoins l'existence d'un vote dissident de la part du juge Néri da Silveira pour qui, à ce moment:

« dans le fait que l'administration dispose de corps organisés d'avocats bénéficiant de la plus haute qualification professionnelle, pour toujours voir dans les décisions définitives contre l'administration une décision extravagante ou quelque chose de véritablement tératologique. Il fût un temps où l'administration publique était mal

(9) Une « *súmula* » est une position de principe qui vise à expliciter une solution jurisprudentielle déjà consolidée sur une question importante de droit. Elle est rendue par une cour de justice réunie dans sa formation la plus solennelle et est publiée dans le bulletin d'information officiel des actes du pouvoir judiciaire. À la fin de l'année 2004, un amendement constitutionnel a donné à certaines « *Súmulas* » force contraignante (*vinculante*) à l'égard de l'ensemble des magistrats et de l'administration publique. Depuis lors, la « *súmula vinculante* » bénéficie d'une quasi-force de loi, ressemblant en ce sens à un arrêt de règlement. (N. de T.).

représentée en justice. Moi-même au début de ma carrière à la magistrature fédérale en 1967, j'intégrais une section juridictionnelle composée de trois démembrements qui ne comptait qu'un seul Procureur de la République lequel à l'époque faisait office à la fois de Ministère public et encore d'avocat des organes fédéraux. Dès lors il est possible de dire qu'à cette époque: dans de telles affaires, il est nécessaire que l'administration, qui jouit d'une telle importance, puisqu'elle représente l'intérêt général, puisse bénéficier d'une certaine complaisance ou d'une garantie distincte en sa défense. Mais aujourd'hui, non. Nous savons tous qu'il existe un Ministère public dynamique, qui intervient sur le contentieux de l'administration en tant que gardien de la loi; il existe par ailleurs un service de représentation de l'administration fédérale en justice, qui opère de manière zélée et diligente, comme il en existe également dans les États fédérés et les communes, avec leurs services de conseil juridique et de représentation juridictionnelle respectifs. Dès lors, je ne vois pas pourquoi, dans les décisions contraires à l'administration publique, dans les décisions définitives qui lui sont contraires, il doit exister un traitement inégal par rapport aux décisions définitives qui sont défavorables aux particuliers, lesquelles ne se trouvent pas ici référencées. Il existe une rupture indiscutable du principe d'égalité entre les parties». (Brasil, 1995)

Dans le second groupe de cas, la Cour, pour rendre hommage à l'égalité, non seulement a explicité le rapport existant entre l'égalité et le procès équitable et le test de proportionnalité/raisonnabilité, comme aussi a signalé la tendance vers l'élimination graduelle des prérogatives procédurales qui existent en faveur de l'administration publique. Je retranscris un extrait des motifs, présent dans l'*ementa* figurant dans l'ADI-MC 1910/2004 (dans le même sens, ADI-MC 1753/1998):

«3. L'égalité entre les parties est immanente au *procedural due process of law* (10); quand l'État est l'une des parties, la jurisprudence a admis certaines faveurs légales qui outre leur caractère traditionnel, ont été réputées comme non arbitraires dès lors qu'elles cherchent à compenser les difficultés auxquelles les entités publiques font face en justice; si au contraire, elles défient le test de la raisonnabilité ou de la proportionnalité, elles caractérisent des privilèges inconstitutionnels; il semble que tel serait le cas de la disposition introduite par une nouvelle *medida provisória* (11) qui insiste, en ce qui concerne le délai prescriptif pour former un recours en révision, à favoriser unilatéralement les entités étatiques de manière apparemment inexplicable au regard des différences réelles entre les parties et qui, additionnées à d'autres avantages procéduraux de l'administration publique aggravent la conséquence perverse qui est celle de retarder sans limite la satisfaction du droit du particulier qui a déjà été reconnu en justice. 4. Dans le chemin de l'effectivité du *due process of law* – qui a une particulière importance dans la construction toujours inachevée de l'État de droit démocratique – la tendance doit aller dans le sens du dépassement graduel des privilèges procéduraux de l'État, au prix d'une amélioration de ses institutions de représentation en justice, et jamais dans le sens de leur

(10) En anglais dans l'original. (N. de T.)

(11) Une «*medida provisória*» est un acte réglementaire ayant force de loi édicté par le président de la République pour des raisons d'urgence et soumis à la ratification du Parlement. (N. de T.)

élargissement ou de la création d'autres, tel qu'il a été observé – il faut le dire – au cours de la dernière décennie ». (BRASIL, 2004)

La Cour a également envisagé un cas d'atteinte à l'égalité dans la restriction légale au paiement des honoraires d'avocat car, dans l'hypothèse d'une transaction ou d'un accord, l'une des parties se verrait contrainte à négocier « dépourvue d'une parcelle significative de son pouvoir de négociation » (ADI-MC 2527/2007).

Également dans le domaine procédural, à différentes reprises la Cour a signalé l'application du principe d'égalité en ce qui concerne les relations entre les parties (RHC 83810/2009, HC 94016/2008 et HC 94601/2009), notamment en ce qui concerne l'ordre chronologique du paiement des injonctions à payer les montants des condamnations en justice prononcées contre l'administration (RCL-AgRg 2143/2003) et l'extinction des contentieux de recouvrement de l'impôt lorsque le montant réclamé est insignifiant (AI-AgRg 451096/2004).

Au moment de clore cette section, il convient de rappeler le développement important de la jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* quant aux répercussions de l'égalité en matière électorale, tel que mentionné ci-dessus. En effet, le droit électoral est l'un des domaines dans lesquels l'activité de la Cour a le plus avancé dans la concrétisation du principe.

En se penchant sur l'intérêt à agir du citoyen non candidat pour former un recours en justice contre un parlementaire candidat au scrutin, la Cour a affirmé, sur la base du principe républicain et de sa teneur contraire aux privilèges et discriminations, que le requérant est recevable pour aller en justice au même titre que tous ceux qui en étant ou non des parlementaires, participent au scrutin (Pet 4444 AgRg, 2009).

La persistance de l'inéligibilité jusqu'au terme du mandat, appliquée au cas d'un mariage ayant été dissous au cours du mandat, révèle également la concrétisation de l'égalité d'accès de tous aux fonctions électorales concernées (RE 568.596/2008).

Le principe d'égalité en ce qu'il exige l'égalité de traitement entre les candidats, constitue aussi un fondement d'interdiction des candidats aux fonctions exécutives à participer à l'inauguration de travaux ou ouvrages publics au cours du trimestre qui précède le scrutin (ADI 3305/2006).

En déclarant l'inconstitutionnalité de l'interdiction de diffuser les résultats des sondages électoraux dans les quinze jours qui précèdent le scrutin, la Cour suprême a établi un rapport entre l'égalité et le principe de l'antériorité de la loi électorale en précisant son champ d'application face, entre autres circonstances, à la rupture de l'égalité de la participation des partis politiques et des candidats respectifs dans le processus électoral et à la réalisation d'un changement motivé par des propos casuistiques (ADI 3741/2007).

Dans l'ADI 2530/2002 la Cour suprême a vu dans le cas de la candidature innée (possibilité pour le titulaire d'un mandat législatif de faire enregistrer sa candidature) une atteinte au principe d'égalité au sein du parti politique, dès lors qu'elle crée une différence par rapport aux autres membres du parti qui auraient éventuellement souhaité postuler à des fonctions législatives.

Quant à l'examen de la législation qui prévoit la publicité électorale gratuite, la Cour y a repéré une manifestation du contenu positif du principe d'égalité « dont l'objectif majeur est d'égaliser par des méthodes pondérées, les opportunités des candidats ayant une portée économique plus ou moins importante d'exposer à l'électorat leurs propositions » (ADI 956/1994).

L'un des développements les plus importants de l'égalité formelle en droit électoral concerne le principe d'égalité au suffrage. Sa teneur a été exposée dans l'arrêt rendu sous le RE 163727/2001 dans lequel il a été expliqué que le principe garantit que le vote de chaque citoyen ait le même poids politique et la même influence indépendamment de l'âge, des qualités, du niveau de scolarité ou de la place sociale et que l'égalité du vote ne se confond pas avec la valeur proportionnelle attribuée à chaque vote. Un autre élément substantiel présent en droit électoral et découlant du principe d'égalité concerne l'inéligibilité à la fonction de maire d'une commune qui est en train d'être créée, qui s'applique à l'encontre d'un candidat qui en fait est le frère du maire de la commune faisant l'objet du démembrement territorial (RE 158314/1992).

Enfin, l'étude de l'ADI 1351-3 (2006) met en relief des riches éléments de compréhension du contenu du droit à l'égalité. Dans l'arrêt ont été précisées plusieurs composantes, notamment dans le vote du juge Gilmar Mendes. En premier lieu se trouve la compréhension de l'égalité en tant qu'« égalité de chances » ou « égalité d'opportunités », sans quoi il n'existerait pas de possibilité d'une concurrence libre et équilibrée dans la vie politique en exigeant une neutralité étatique, entendue en tant que « non-influence de l'inégalité, ce qui lui confère le caractère d'égalité formelle ». En deuxième lieu se trouve le fondement normatif de l'égalité de chances que constituent non seulement les principes de la liberté et de la pluralité des partis politiques, mais aussi le principe général d'égalité. En troisième lieu se trouve l'existence de l'« égalité de chances » en tant que principe constitutionnel autonome, véritable droit fondamental des partis politiques qui assure un droit à l'égal traitement des partis de la part des pouvoirs publics. En quatrième lieu, l'applicabilité du principe d'égalité des chances s'étend à l'ensemble du processus de concurrence entre les partis politiques, s'appliquant à la législation qui régit

la procédure électorale, à l'activité des partis et de leurs candidats, au financement, à l'accès à des moyens de communications et à l'utilisation de la publicité gouvernementale. En cinquième et dernier lieu se trouve enfin l'admission d'une graduation de l'« égalité de chances » qui, en établissant une clause de différenciation entre les partis politiques, en vue de la dimension matérielle de l'égalité, doit être appliquée

« *cum grano salis*, de manière à assurer une efficacité raisonnable et adéquate pour tout effort d'un parti politique. Même parce que l'abandon de l'orientation qui consacre l'égalité formelle entre les partis ne peut susciter dans aucune hypothèse, la nullification de l'égal traitement qui doit leur être assuré par les pouvoirs publics. Une éventuelle graduation du droit à l'égalité des chances doit être effective dans le respect d'un critère capable de préserver le caractère sérieux du système démocratique et de la pluralité des partis ». (BRASIL, 2006 : 136-137)

Ce dernier arrêt démontre le caractère profond des conséquences que l'emploi d'une ligne argumentative plus rigoureuse a dans la jurisprudence de la Cour suprême. Il indique également l'enrichissement de la compréhension du contenu du droit constitutionnel à l'égalité à partir de sa concrétisation par la Cour, qui a lieu dans différentes branches de l'ordre juridique de façon simultanée.

L'examen de ces aspects ayant trait à la ligne argumentative et ses développements au regard des contenus général et spécifique de l'égalité, suggère une recherche sur la force normative du principe. Deux thèmes qui émergent de la jurisprudence de la Cour suprême de manière emblématique sont pour autant : les conséquences juridiques découlant du non respect au principe en faveur d'individus et de groupes par lui protégés dans les cas d'omission partielle et d'efficacité de cette norme fondamentale entre particuliers.

B. – *La force normative de l'égalité : omission partielle inconstitutionnelle et efficacité horizontale*

1. *Omission partielle inconstitutionnelle et la Súmula n° 339*

L'un des thèmes les plus polémiques et récurrents en rapport avec la force normative du droit à l'égalité, concerne les conséquences du droit à l'égalité face à l'exclusion illégitime d'individus ou de groupes de l'accès à un bénéfice donné.

En mettant en pondération une telle hypothèse, la jurisprudence se trouve face aux alternatives de

« (a) extension des bénéfices ou des avantages à des catégories ou des groupes qui en ont été inconstitutionnellement exclus ; (b) la suppression des bénéfices ou des avantages qui ont été indûment octroyés à des tiers ; (c) la reconnaissance de l'existence

d'une situation encore constitutionnelle (situation constitutionnelle imparfaite) amenant le Pouvoir public à édicter en temps raisonnable, la loi qui rétablit le devoir au respect intégral du principe d'égalité, sous peine de susciter une inconstitutionnalisation progressive de l'acte étatique existant, quoiqu'insuffisant et incomplet». (BRASIL, 1990, MI 58)

Dans ces cas, la solution adoptée s'écarte le plus souvent des effets du contrôle de constitutionnalité brésilien qui conduirait à la déclaration de nullité de la norme défectueuse, précisément en raison d'un vice portant atteinte à l'égalité, ce qui résulterait dans la suppression de l'avantage pour tous. L'on considère que, dès lors qu'il s'agit d'un avantage qui ne constitue pas un privilège indu, un tel effet produirait une iniquité encore plus grande. Telle est par exemple la directive prévue par le précédent jurisprudentiel ayant trait à la correction monétaire des rémunérations corrodées par l'inflation (ADI-MC 525/1991). En examinant l'atteinte à l'égalité provoquée par la limitation de l'exonération fiscale d'une certaine catégorie de contribuables la Cour est arrivée à une solution semblable (RE 186589/1995; AI 360461 AgRg/2005).

Dans ces hypothèses la solution a été dans le sens de la reconnaissance d'une atteinte à l'égalité sans la déclaration de nullité de la norme défectueuse, suivie d'une demande adressée au législateur pour qu'il corrige la situation. Cette réponse implique cependant une limitation de la force juridique du principe d'égalité une fois que, combien même la Cour reconnaît la violation, elle finit par ne pas protéger les bénéficiaires qui ont été indûment exclus.

Afin de justifier cette limitation, les précédents jurisprudentiels invoquent les principes de la réserve légale et de la séparation des pouvoirs, tel que mentionnés dans l'AI 676370-0/2007. Dans cet arrêt d'ailleurs, a été mentionnée la *Súmula* 339 (12) entendue en tant que projection spécifique du principe de la séparation des pouvoirs. Dans ce même sens s'inscrit la décision rendue sous le RMS 21662/2004, dans laquelle il a été expressément affirmé l'application de la *Súmula* 339 vue en tant que projection du principe de la séparation des pouvoirs et d'une hypothèse soumise à la réserve légale absolue (détermination des rémunérations).

Le thème revêt une grande importance pour comprendre la force normative du principe d'égalité. Il est nécessaire de mettre en équation l'efficacité directe et immédiate de cette norme de droit fondamental et dans ce contexte, comprendre la portée de la *Súmula* 339 dont tout

(12) Telle est la teneur de la *súmula* 339: "Il n'appartient pas au Pouvoir judiciaire qui n'a pas de fonction législative, d'augmenter les rémunérations des agents publics sous le fondement de l'égalité."

particulièrement les contenus de la séparation des pouvoirs et de la réserve légale qui lui sont associés.

Tel que nous venons de voir, les précédents jurisprudentiels qui ont été à l'origine de la *Súmula* 339 ont été exclusivement fondés sur la dimension formelle du principe d'égalité au détriment des exigences ayant trait à la dimension matérielle. D'autant que, tel qu'il a été exprimé dans la motivation desdits arrêts notamment par le biais d'une citation empruntée à Pontes de Miranda, si les requérants avaient compté avec une protection de la dimension matérielle de l'égalité, leurs demandes auraient été bien fondées.

Avec la promulgation de la Constitution de 1988 contenant notamment une prévision expresse quant à l'efficacité immédiate des normes de droits fondamentaux (article 5^o, p. 1^o), ainsi que d'un droit à l'égalité consacré dans ses dimensions formelle et matérielle, est advenue la question ayant trait à l'efficacité de l'égalité, tout particulièrement quant à son aspect matériel, et à la compatibilité de la *Súmula* 339 avec ce nouveau contenu de l'égalité.

À première vue, en suivant le raisonnement adopté dans les racines de la *Súmula* 339, il serait possible de conclure dans le sens du rejet des demandes tendant à la correction de l'exclusion illégitime de bénéficiaires sur la base du droit à l'égalité, en assumant la thèse de l'absence de dimension matérielle de ce principe conformément aux raisons exprimées dans les arrêts qui ont été à l'origine de cette *súmula*. Une telle interprétation cependant, ne trouve pas de fondement dans l'ordre constitutionnel en vigueur dans lequel l'égalité n'admet sans doute pas la réduction du principe à sa seule dimension formelle.

L'analyse des précédents de la Cour suprême qui ont affirmé que la *Súmula* 339 demeurerait applicable après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1988, ne révèle pas une manifestation dans ce sens. À aucun moment la force normative du droit à l'égalité n'a été mise en cause, ni dans sa dimension formelle ni dans sa dimension matérielle. Il en résulte l'alternative selon laquelle il faut comprendre que la *Súmula* 339 ne demeure applicable que dans son énoncé et non pas dans ses fondements.

En dissociant l'énoncé de la *Súmula* des fondements qui en sont à l'origine, il est possible de concilier la préoccupation avec les principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et de la réserve légale. Il en est ainsi sans qu'il soit nécessaire d'adopter le fondement qui autrefois a non seulement fragilisé la force normative du droit à l'égalité, comme aussi lui a vidé d'une parcelle significative de son contenu juridique, à savoir, la dimension matérielle de l'égalité.

Ainsi comprise, l'applicabilité de la *Súmula* 339 – tel qu'il est exprimé d'ailleurs dans les motifs des précédents mentionnés – implique l'attention nécessaire à la séparation de pouvoir et à la réserve légale, sans mettre en cause l'efficacité et le contenu du principe d'égalité.

Loin de constituer une simple préoccupation académique, soutenir une telle distinction constitue une tâche très importante pour la consolidation des deux éléments essentiels pour le droit brésilien : la force normative de la Constitution et le contenu juridique du principe d'égalité.

En effet, le défi institutionnel qui a été mené à bien par la Cour est précisément celui de reconnaître et concrétiser le principe d'égalité dans son intégralité, aussi bien dans ses exigences et développements, que dans son efficacité et applicabilité immédiates. Éclairer cette compréhension évite par conséquent, le fait qu'une interprétation inadéquate quant à l'applicabilité de la *súmula* dans l'ordre constitutionnel de 1988 implique une fragilisation du principe d'égalité. D'autant plus dans des sociétés telles que la brésilienne, et non seulement pour des raisons juridiques.

En effet dans l'histoire nationale il persiste une mentalité hiérarchique et pré-moderne, contraire à l'égalité de tous devant la loi et au principe républicain⁽¹³⁾. Cela se voit notamment dans les développements du principe d'égalité, ainsi que dans la complaisance envers l'inégalité qui a caractérisé plusieurs moments avant 1988.

Du point de vue de la culture juridique, la présence d'une conception normative de la Constitution est récente chez nous, en étant continuellement défiée par des schémas mentaux traditionnels et arriérés⁽¹⁴⁾. Dans ces schémas il prédomine une mentalité toujours disposée à bloquer l'efficacité des normes prévues par la Constitution et à faire dépendre le contenu juridique des droits fondamentaux des dispositions que le législateur aura décidées d'adopter.

D'ailleurs un tel défi va au-delà du droit à l'égalité en réclamant une jurisprudence qui puisse assurer l'efficacité des droits fondamentaux, même face à des omissions normatives et administratives qui sont importantes pour l'exercice de tels droits. C'est ce qui révèle la jurisprudence même du *Supremo Tribunal Federal*, en dépassant le positionnement traditionnel qui finissait par vider la force normative des droits constitutionnels face à l'omission des autres pouvoirs étatiques.

(13) V. Roberto DAMATTA, *Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro*, Rio de Janeiro : Rocco, 1997, spécialement le deuxième chapitre.

(14) V. sur la force normative de la Constitution, Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*. Traduction de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : SAFE, 1991.

L'évolution du recours au *mandado de injunção* (ordonnance d'injonction) est emblématique d'une telle dynamique. Initialement doté d'une portée limitée à la reconnaissance de l'omission réglementaire et à la notification au législateur de la situation inconstitutionnelle, aujourd'hui bénéficie-t-il d'une portée plus large en donnant lieu à une décision juridictionnelle qui vient combler le manque normatif, du moins jusqu'à ce que l'omission soit comblée par l'organe compétent (MI 670/07, 708/07, 712/07 e 788/09)

Dans ce sens, tout particulièrement en ce qui concerne l'applicabilité immédiate du droit à l'égalité, la jurisprudence reconnaît l'efficacité juridique du principe dans l'hypothèse d'une obligation constitutionnelle explicite quant à la révision générale de rémunérations (art. 37, X) hypothèse qui est d'ailleurs corollaire au droit général d'égalité (RMS 22307-7/1997; RE 393679/2005).

Il convient de signaler que, dans l'arrêt mentionné, l'application de la *Súmula* 339 a été écartée, vaincus les votes qui l'avaient invoquée. La distinction indiquée par les votes gagnants, capable d'écarter l'application du principe contenu dans la *Súmula*, a été celle de l'existence d'un acte législatif contraire à une disposition impérative qui oblige l'État à ne pas établir des discriminations lorsqu'il effectue une révision indemnitaire des agents publics en général (article 37, X).

Dans le vote du juge Veloso, il est fait mention de la différence de solutions dans le cas d'un accord avec le système concentré ou diffus de contrôle de constitutionnalité. Dans le système concentré, l'omission partielle du législateur portant atteinte à l'égalité serait contrôlée par le biais du recours direct en inconstitutionnalité par omission, avec la reconnaissance de la situation inconstitutionnelle et la notification au législateur; dans le système diffus de contrôle concret, le contrôle impliquerait l'extension du bénéfice indûment refusé aux personnes ayant fait l'objet de la discrimination. Le vote a également souligné l'inapplicabilité de la *Súmula* 339 puisque la loi en l'espèce, est la Constitution même et ainsi la solution juridictionnelle est le résultat de l'efficacité même de la Constitution.

Il est intéressant d'observer que la doctrine de José Afonso da Silva a été invoquée à cette occasion. Pour cet auteur, l'inconstitutionnalité de la discrimination par l'exclusion du bénéfice en cause pourrait être résolue par l'extension du droit sans qu'il eût été nécessaire d'émettre une déclaration générique au sujet de l'inconstitutionnalité de la norme. (15)

(15) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9 edição, São Paulo: Malheiros, 1993.

Dans le même sens, il existe une jurisprudence bien établie prévoyant l'efficacité immédiate de normes de droits fondamentaux, bien que les organes étatiques compétents aient été omis (accès en crèche et en maternelle des enfants âgés de moins de 7 ans – RE Ag-Rg 410715/2005; RE AgRg 464143/2009; RE AgRg 554075/2009; AI AgRg 592075/2009; RE AgRg 592937/2009).

2. *Efficacité horizontale*

L'analyse de la jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* signale également une avancée importante quant à l'efficacité de la norme de droit fondamental de l'égalité dans le domaine des relations entre les particuliers.

Différemment des précédents jurisprudentiels antérieurs à 1988, dans lesquels la Cour a établi l'inapplicabilité du droit constitutionnel de l'égalité directement aux relations entre les particuliers et a développé des solutions appliquant l'égalité juridique exclusivement sur la base de la législation civile, maintenant il est possible de constater un chemin inverse. (16)

Ainsi le révèle l'arrêt rendu sous le RE 161243-6/96. À cette occasion le *Supremo Tribunal Federal* a décidé en faveur de l'application directe de l'égalité dans une relation privée de droit du travail, en écartant la limitation prévue dans les statuts des employés de l'entreprise concernant l'accès à certaines fonctions, en les réservant uniquement aux ressortissants du pays dans lequel l'entreprise avait son siège.

3. *Droit de l'antidiscrimination*

Le développement du principe d'égalité demande une approche qui puisse transcender sa compréhension traditionnelle caractérisée par les dimensions formelle et matérielle. Plus qu'interdire le traitement arbitraire et imposer l'égalité de traitement, le principe de l'égalité contient l'obligation constitutionnelle de combattre la discrimination, en exigeant le dépassement de situations dans lesquelles des individus et des groupes sont des destinataires d'un traitement comme s'ils étaient des citoyens de seconde classe.

(16) Il existe un désaccord doctrinal quant à l'adhésion du *Supremo Tribunal Federal* à l'une des thèses sur l'efficacité immédiate ou médiata des droits fondamentaux entre les particuliers. En faveur de la première thèse, Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; Luís Roberto BARROSO, "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil", in: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. En faveur de la seconde thèse: Paulo Gustavo GONET BRANCO, "Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais", in: Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet (dir.) *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Il s'agit d'une compréhension dynamique des exigences du principe d'égalité, face à des réalités sociales et juridiques marquées par des préjugés et par la discrimination. Dans la doctrine et la jurisprudence, l'ensemble des contenus et des catégories juridiques relatives à la pratique et à la théorie du principe d'égalité entendu en tant que prohibition de la discrimination et en tant que promotion et respect de la diversité, reçoit le nom de droit de l'antidiscrimination. (17)

La jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* commence à s'y frayer un chemin. En allant au-delà de l'application de l'égalité constitutionnelle restreinte aux questions intestines de la vie étatique (avant 1988, l'égalité constitutionnelle était destinée pratiquement, de manière exclusive, à des questions administratives et procédurales), de plus en plus la Cour a été confrontée à des exigences d'égalité dans des domaines divers de la vie sociale, politique, économique et culturelle.

En utilisant des éléments du droit de l'antidiscrimination, il est possible de constater que la jurisprudence non seulement reconnaît des hypothèses de discrimination directe et indirecte incompatibles avec le principe d'égalité, comme aussi avance dans la concrétisation des critères interdits de différence de traitement.

Plusieurs décisions juridictionnelles démontrent une telle tendance. D'entre elles il convient d'attirer l'attention sur la condamnation de la discrimination directe (intentionnelle) fondée sur le préjugé racial, la reconnaissance de la discrimination indirecte (non intentionnelle) en tant que situation inconstitutionnelle portant atteinte au principe d'égalité et la prise en compte plus précise de la concrétisation des différents critères de discrimination interdits, sans oublier la conclusion en faveur de la compatibilité des mesures de discrimination positives avec l'ordre constitutionnel de 1988.

En effet, dans l'arrêt sous le HC 82424/2003, la Cour a exprimé un concept juridique de discrimination en appliquant le droit international des droits de l'homme. Dans ce sens elle a défini les « discriminations raciales » en tant que « distinction entre les hommes moyennant des restrictions ou des préférences liées à la race, à la couleur, à la croyance, à la descendance ou à l'origine nationale ou ethnique inspirées de la prétendue supériorité d'un peuple sur un autre », en atteignant également des pratiques commises à l'encontre du peuple juif.

Outre le fait de préciser de manière claire et explicite le concept juridique de discrimination à partir de la référence aux droits de l'homme,

(17) Pour un exposé systématique du droit de l'antidiscrimination, Roger RAUPP RIOS, *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

la Cour a interprété le racisme en tant que la racine de la discrimination et du préjugé ségrégationniste, fruit d'« un processus de contenu simplement politico-social », « en associant des facteurs et des circonstances historiques, politiques et sociales qui régissent sa formation et son application » ; en visant obtenir le sens et la portée réels de la norme constitutionnelle antiraciste, le *Supremo Tribunal Federal* a entrepris une interprétation téléologique et systémique de la Constitution fédérale.

Ces deux contenus sont très importants dans le développement du droit de l'antidiscrimination découlant du principe constitutionnel d'égalité ; ils concernent des thèmes centraux de cette branche de la connaissance et de la pratique juridiques : le concept juridique de discrimination – véritable pierre angulaire du droit de l'antidiscrimination – et l'interprétation des critères de discrimination prohibés – qui exige de prêter attention à la finalité et au système constitutionnel qui interdisent la discrimination en vertu de la force de l'égalité et de la protection à la dignité de la personne humaine.

La jurisprudence de la Cour contient aussi une manifestation sur un autre élément constitutif du droit de l'antidiscrimination en utilisant expressément le concept de discrimination indirecte et en le qualifiant en tant que modalité de violation à l'égalité incompatible avec le droit constitutionnel brésilien. C'est ce qui révèle le précédent jurisprudentiel qui a donné lieu à la déclaration de l'inconstitutionnalité de l'amendement constitutionnel qui restreignait le paiement de l'allocation maternité à une certaine valeur monétaire, dont il résultait l'obligation de l'employeur de payer le solde (AD – MC 1946/2001). La Cour a estimé qu'une telle mesure bien que dépourvue de l'intention de créer une discrimination à l'encontre des femmes sur le marché du travail, portait atteinte au droit à l'égalité dès lors qu'elle produit des effets discriminatoires. À cette occasion, a été utilisée notamment la notion de « mesures ayant des effets ou des impacts disproportionnels ('disparate impact'), expression du droit de la *Common Law* traduite par "discrimination indirecte" en droit continental ».

Dans un sens semblable, en développant un contenu typique au droit de l'antidiscrimination, il existe des manifestations de la Cour relatives à la présence d'actions affirmatives dans l'ordre constitutionnel brésilien.

En effet, dans le même arrêt dans lequel la Cour suprême – en empruntant une interprétation conforme à la Constitution de l'art. 14 de l'Amendement constitutionnel n° 20/1998 – a écarté le risque de discrimination indirecte à l'encontre des femmes sur le marché du travail, il y a eu mention explicite de l'expérience constitutionnelle nord-américaine des actions affirmatives en tant que contenu demandé par le principe d'égalité en droit constitutionnel brésilien. Le vote du juge Jobim s'est

référé expressément à la législation nord-américaine qui a fondé actions affirmatives devant la Cour suprême, et a considéré la « discrimination positive » comme étant constitutionnellement légitime, en tant qu'instrument pour obtenir l'égalité réelle. Le juge Sepúlveda Pertence, à son tour, a mentionné « la logique de l'action affirmative comme étant une forme de concrétiser des normes et des principes constitutionnels d'inspiration isonomique, bien que programmatiques ».

Une autre décision, citée d'ailleurs dans le vote du juge Pertence, a été rendue sous le référé (*Medida Cautelar*) dans le recours direct en inconstitutionnalité n° 1.276. Dans cette décision, tant lors de l'examen du référé, que lors de l'examen du recours au principal, le *Supremo Tribunal Federal* a décidé à l'unanimité dans le sens de la constitutionnalité de la législation de l'État de São Paulo qui avait créé un avantage fiscal en faveur des sociétés qui donneraient un traitement préférentiel aux travailleurs de plus de 40 ans. Il a été explicitement établi que l'avantage différencié visait à attribuer un traitement préférentiel aux travailleurs plus âgés face à la réalité du marché du travail, en vue de promouvoir la transformation d'une situation d'inégalité sociale (ADI 1276/2002). Il est important de souligner que, dans le référé, il a été expressément établi que le principe d'égalité en droit brésilien exige une prise en compte des inégalités sociales et demande une compensation de sorte à ce qu'elles ne favorisent pas non plus une protection juridique inégale (ADI – MC 1276/1995).

Quant aux critères de discrimination interdits, il faut mettre en évidence trois groupes de cas, qui ont trait respectivement à l'âge, au sexe et au handicap. L'analyse relative au critère de l'âge a été mentionnée ci-dessus en ce qui concerne la jurisprudence relative à la condition d'âge pour l'accès aux emplois publics.

L'interdiction de la différence de traitement en raison du sexe, pour sa part, a trouvé dans la jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* un examen récurrent. Dans les affaires menées devant la Cour, relativement aux critères distinctifs pour la promotion de militaires de sexe masculin et féminin, et aux distinctions dans l'attribution des fonctions en raison de la nature et des tâches de la fonction en cause, il a été décidé dans le sens de l'inexistence d'atteinte à l'égalité (parmi plusieurs arrêts, je cite le RE 225721/2000 et l'AI AgRg 511131/2005).

Mais dans le RE 204193/2001, il s'est produit un débat explicite quant à la persistance de présomptions de fait concernant la dépendance des femmes vis-à-vis de leurs époux en matière de sécurité sociale en ce qui concerne l'attribution d'allocations en raison de leur décès, alors qu'il était question à présent d'examiner une demande à l'allocation formulée par un homme veuf. Le juge rapporteur Carlos Velloso a effectué une

pondération quant au changement des circonstances de fait qui autrefois confortaient la présomption légale dans le sens de la dépendance de la femme à l'égard de son mari et a rejeté le raisonnement contraire au sien. Pour sa part, le juge Jobim a souligné que, dans la législation en cause, la dépendance du mari n'est prévue que dans l'hypothèse où il aurait un handicap et que, depuis que la Constitution de 1988 avait rendu équivalent le traitement entre hommes et femmes, il ne serait possible de considérer que la femme est dépendante que si, au même titre que pour l'homme, il est démontré qu'elle se trouve en situation de dépendance.

Parmi les critères interdits de discrimination, le développement de la protection pour une différence de traitement en raison d'un handicap a trouvé un fondement non seulement dans la nécessité d'adopter des actions affirmatives (RMS 26071/07, où est invoquée la réparation des inégalités de fait), mais aussi dans le devoir d'assurer l'insertion dans la société des personnes ayant des besoins spéciaux, en vue de l'égalité de chances et de l'humanisation des rapports sociaux dans le respect des fondements de la République de la citoyenneté et la dignité de la personne humaine (ADI 2649/2008).

En même temps, le développement de la protection antidiscrimatoire en raison d'un handicap a suscité au sein de la Cour la controverse quant à la création de quotas dans les concours publics pour les personnes portant un handicap. Sur ce sujet il existe une manifestation expresse en faveur de l'opération consistant à arrondir la quantité de places réservées à des quotas « ...bien que le pourcentage légalement prévu soit inférieur à un, hypothèse dans laquelle la fraction doit être arrondie », sous peine d'atteinte à l'article 37, alinéa VIII, de la Constitution fédérale (RE 227.299/2000), par opposition à une solution contraire, qui a emprunté une interprétation restrictive à la réserve de quotas, en concluant à l'impossibilité d'en arrondir la valeur (MS 26310/2007). Un tel débat illustre la tension existant entre des perspectives de la non différenciation et de la non subordination, présentes dans le droit de l'antidiscrimination (18). Alors que le dernier arrêt prend comme point de départ la neutralité de la norme de traitement égal et conclut dans le sens du caractère restreint des exceptions, le premier se préoccupe avec la situation de désavantage expérimentée par les personnes portant un handicap, en tant que directive qui préside l'interprétation de la norme constitutionnelle en débat.

Encore quant à la compréhension des critères de discrimination interdits, il convient de souligner ce qui a été décidé dans la Pet 3388/2009 (action populaire relative à la délimitation territoriale de la terre indi-

(18) Sur les perspectives de la non différenciation et de la non subordination, v. Roger RAUPP RIOS, *Direito da Antidiscriminação*, *op. cit.*

gène Raposa Serra do Sol), en ce qui concerne le critère ethnique. La Cour a fini par fixer le sens du terme « indiens » dans la Constitution, utilisé « dans un mode invariablement au pluriel, pour exprimer la différenciation des aborigènes entre de nombreuses ethnies. Propos constitutionnel pour refléter une diversité indigène aussi bien interethnique qu'intraethnique. Les indiens en processus d'acculturation demeurent des indiens au regard de la finalité de protection constitutionnelle. Cette protection constitutionnelle ne se limite pas aux sylvoles qui sont des indiens vivant encore en l'état primitif d'habitants de la jungle », en signalant juste après qu'« il s'agit pour chaque ethnie indigène, d'une réalité socioculturelle et non de nature politico-territoriale ».

Enfin, il convient de faire référence aux précédents sur l'origine comme critère interdit de différence de traitement. De cette façon, la Cour a considéré inconstitutionnelle une disposition de la loi d'un Etat fédéré qui établissait une différence de traitement entre les soumissionnaires à un appel d'offres en fonction de leur origine, à savoir selon que le concurrent avait ou non son siège dans l'État fédéré de l'appel d'offres (ADI 3583/2008 ; dans le même sens, ADI 2716/2007).

CONCLUSION

Au terme de ce parcours rempli d'ambiguïtés et de « juridiphagie », il en résulte la compréhension du principe d'égalité en droit brésilien, aujourd'hui plus défié par les exigences du régime démocratique et pluraliste dans lequel nous vivons. Ce que le moment historique exige des juristes est le discernement et l'esprit critique et créateur qui, en employant l'instrumental juridique divers disponible, combat les discriminations et les exclusions persistantes qui ont été forgées tout au long de notre histoire. Dans cette tâche, notre appétit anthropophagique (ou mieux, « juridiphagique »), proportionne une richesse et une variété d'ingrédients et de méthodologie juridique, en réclamant un engagement tourné vers la concrétisation du droit à l'égalité.

L'analyse de la jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* signale dans ce contexte, l'effort réalisé au cours de ces dernières décennies en droit brésilien dans le sens de la concrétisation plus vigoureuse du principe d'égalité, moyennant le développement du contenu juridique de ce principe. Dans cette tâche, l'affirmation de la force normative de l'égalité, suivie de la conception normative de la Constitution et d'une expérience démocratique sans précédents dans l'histoire brésilienne, se présentent comme des ingrédients essentiels capables d'inaugurer un cercle vertueux en droit brésilien.

BIBLIOGRAPHIE ET RÉFÉRENCES JURISPRUDENTIELLES

- ANDRADE, Oswald. *Manifesto Antropófago. Do Pau Brasil às Utopias e à antropofagia*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira/MEC, 1972.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ‘Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais’, in: Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 47 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 22 out. 1992 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266172>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 97 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 25 jun. 1993 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266192>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 467 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 03 abr. 1991 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346405>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 559 [AC na internet]. Diário da Justiça. 15 fev. 2005 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361412>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 598 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 12 nov. 1993 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266434>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 903 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 24 out. 1997 [acesso em 21 out. 2009]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346681>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 956 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 20 abr. 2001 [acesso em 28

- abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266599>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1072 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 06 fev. 2003 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266650>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1276 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 19 ago. 2002 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385467>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1283 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 20 set. 1995 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346951>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1350 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 24 fev. 2005 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393004>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1351 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 07 dez. 2006 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1355 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 20 set. 1995 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346996>.
- BRASIL L. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1378 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 30 nov. 1995 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347013>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1655 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 03 mar. 2004 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266713>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1718 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 15 dez. 1997 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347230>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2474 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 19 mar. 2003 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375399>.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2530 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 24 abr. 2002 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347615>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2620 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 29 nov. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527259>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2649 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 08 maio 2008 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2716 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 29 nov 2007 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513627>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2990 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 18 abr. 2007 [acesso em 28 out. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481968>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3070 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 29 nov. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 18 ago. 2004 [acesso em 21 out. 2009]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3305 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 13 set. 2006 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392168>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3443 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 08 set. 2005 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363377>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3522 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 24 nov. 2005 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363389>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3583 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 21 fev. 2008 [acesso em 28

- abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515121>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3680 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 08 fev. 2006 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387266>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3660 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 13 mar. 2008 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3741 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 06 ago. 2006 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408096>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3853 [ADI na internet]. Diário da Justiça. 12 set. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491814>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 525 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 28 nov. 1991 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346441>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 571 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 12 jun. 1991 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346472>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1076 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 15 jun. 1994 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346810>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1276 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 29 ago. 2002 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385467>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1753 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 18 abr. 1998 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347250>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1910 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 22 abr. 1999 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347324>.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 29 abr. 1999 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2206 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 08 nov. 2000 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347480>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2210 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 28 set. 2000 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347483>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2527 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 16 ago. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3580 [ADI-MC na internet]. Diário da Justiça. 08 fev. 2006 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387266>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 676370 [AI na internet]. Diário da Justiça. 11 dez. 2007 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=16217>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 156537 [AI na internet]. Diário da Justiça. 08 set. 1994 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=277879>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 410715 [AI na internet]. Diário da Justiça. 22 nov. 2005 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 441767 [AgR na internet]. Diário da Justiça. 29 mar. 2005 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=366599>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 451096 [AI na internet]. Diário da Justiça. 17 fev. 2005 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=314531>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 464143 [AI na internet]. Diário da Justiça. 15 dez. 2009

- [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608283>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 511131 [AI na internet]. Diário da Justiça. 22 mar. 2005 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=367913>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 554075 [AgR na internet]. Diário da Justiça. 30 jun. 2009 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 586088 [AgR na internet]. Diário da Justiça. 26 maio 2009 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597337>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 592075 [AgR na internet]. Diário da Justiça. 19 maio 2009 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595592>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 592937 [AgR na internet]. Diário da Justiça. 22 ago. 2006 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390248>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82424 [HC na internet]. Diário da Justiça. 17 set. 2003 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94016 [HC na internet]. Diário da Justiça. 16 set. 2008 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 96475 [HC na internet]. Diário da Justiça. 14 abr. 2009 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600738>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94601 [HC na internet]. Diário da Justiça. 04 ago. 2009 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602362>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 687 [Inq na internet]. Diário da Justiça. 25 ago. 1999 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 1400 [Inq na internet]. Diário da Justiça. 04 dez. 2002 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80803>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 58 [MI na internet]. Diário da Justiça. 19 abr. 1991 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81737>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 506 [MI na internet]. Diário da Justiça. 05 jun. 1997 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81848>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670 [MI na internet]. Diário da Justiça. 25 out. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708 [MI na internet]. Diário da Justiça. 25 out. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712 [MI na internet]. Diário da Justiça. 25 out. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 788 [MI na internet]. Diário da Justiça. 15 abr. 2009 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591237>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26310 [MS na internet]. Diário da Justiça. 20 set. 2007 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492852>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3388 [Pet na internet]. Diário da Justiça. 19 mar. 2009 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603021>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 4444 [Pet na internet]. Diário da Justiça. 05 nov. 2008 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570101>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2143 [Rel na internet]. Diário da Justiça. 12 mar. 2003 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349862>.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 6702 [Rel na internet]. Diário da Justiça. 04 mar. 2009 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590425>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 83810 [RHC na internet]. Diário da Justiça. 05 mar. 2009 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604577>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 21046 [RMS na internet]. Diário da Justiça. 14 dez. 1990 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115528>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 21662 [RMS na internet]. Diário da Justiça. 05 abr. 1994 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115629>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 22307 [RMS na internet]. Diário da Justiça. 19 fev. 1997 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115796>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 26071 [RMS na internet]. Diário da Justiça. 13 fev. 2007 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 115770 [RE na internet]. Diário da Justiça. 29 out. 1991 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=205889>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 116248 [RE na internet]. Diário da Justiça. 10 jun. 1988 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206223>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 140889 [RE na internet]. Diário da Justiça. 30 mai. 2000 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208537>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221966 [RE na internet]. Diário da Justiça. 25 mai. 1999 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249817>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 158314 [RE na internet]. Diário da Justiça. 15 dez. 1992 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=158314>.

- 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214613>.
- BRASIL L. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 161243 [RE na internet]. Diário da Justiça. 29 out. 1996 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 163727 [RE na internet]. Diário da Justiça. 07 abr. 1994 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214613>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 165305 [RE na internet]. Diário da Justiça. 07 jun. 1994 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=215660>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 176479 [RE na internet]. Diário da Justiça. 26 nov. 1996 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222418>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 181138 [RE na internet]. Diário da Justiça. 06 set. 1994 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=2258r0>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 186589 [RE na internet]. Diário da Justiça. 21 fev. 1995 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229277>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 204193 [RE na internet]. Diário da Justiça. 30 mai. 2001 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239206>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 215988 [RE na internet]. Diário da Justiça. 18 out. 2005 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331361>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 225721 [RE na internet]. Diário da Justiça. 22 fev. 2000 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251402>.
- BRASIL L. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 227299 [RE na internet]. Diário da Justiça. 14 jun. 2000 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252103>.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 236881 [RE na internet]. Diário da Justiça. 05 fev. 2002 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=255757>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 393679 [RE na internet]. Diário da Justiça. 25 out. 2005 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261714>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 568596 [RE na internet]. Diário da Justiça. 01 out. 2008 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=564265>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 579951 [RE na internet]. Diário da Justiça. 20 ago. 2008 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 586088 [RE na internet]. Diário da Justiça. 26 maio 2009 [acesso em 28 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597337>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1308 [RP na internet]. Diário da Justiça. 25 nov. 1988 [acesso em 27 abr. 2010]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264055>.
- BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis – Para uma sociologia do dilema brasileiro*, Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- NABUCO, Joaquim. *Minha formação*, Brasília: UnB, 1988.
- FRY, Peter. *A persistência da raça: ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África Austral*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DÉBATS

PRÉSIDENTE DE VÉRA LÚCIA FRITSCH FELJÓ

Valeschka e Silva BRAGA(1): Comme nous avons du retard, j'aurais une seule question. En premier lieu, en suivant l'exemple des autres intervenants, je souhaiterais remercier l'invitation, dire que je suis honorée d'être ici aujourd'hui. Honorée d'être à côté de professeurs français qui viennent transmettre leurs enseignements, honorée d'entendre des professionnels français et brésiliens, et honorée d'être à côté de Thales Morais da Costa et, en son nom, j'adresse mes remerciements à toute l'organisation du colloque. Étant dans le devant de la scène de l'organisation, il est celui qui a le plus souffert, celui qui a dû démontrer une force et un caractère inépuisable. Dans certains moments, au bord de l'épuisement, il arrivait à trouver un bonbon quelque part pour apporter le sucre qui manquait dans le sang. En deuxième lieu, je souhaiterais faire observer qu'il y a effectivement une grande contradiction dans l'application du principe d'égalité ou dans la recherche de la non-discrimination. Je vais vous dire pourquoi. Lorsque j'observais la composition de cette séance, j'ai vu que j'allais prendre la parole en compagnie de trois hommes. Je savais qu'ils allaient porter une cravate. Je suis allée chercher la mienne, pour ne pas être trop différente d'eux. Le problème, c'est que j'ai fini par créer un facteur de différenciation avec la présidente de cette séance! Ce sont donc des contradictions comme celle-ci auxquelles l'on doit faire face dans l'application quotidienne du principe d'égalité.

Je vais poser une seule question et je la poserai aux deux rapporteurs, devant une situation et je vais faire un bref rappel historique. Le chapeau de l'article 5 de la Constitution brésilienne prévoit que tous sont égaux devant la loi sans aucune distinction. Un peu plus loin, il précise que doit être garantie aux brésiliens et aux étrangers résidant dans le pays l'inviolabilité d'une série de droits, dont l'égalité. Le système consti-

(1) Version française établie à partir de l'original en portugais.

tutionnel français prévoit également l'égalité, tous sont égaux. Notre système s'est d'ailleurs inspiré du système français dans cet aspect. La Constitution française et la Constitution brésilienne n'ont apparemment pas trouvé suffisant de prévoir que tous sont égaux devant la loi. Il a été nécessaire de préciser que la loi devait favoriser l'égal accès des femmes aux fonctions électives (art. 1, alinéa 2, de la Constitution française); que les « électeurs », ce sont des personnes des deux sexes, il convient de souligner le caractère redondant de la prévision de l'article 3 alinéa 4 de la Constitution française. Plus grave encore, la Constitution brésilienne, après avoir prévu dans le chapeau de l'article 5 que tous sont égaux devant la loi, prévoit dans l'alinéa I que les droits et les devoirs sont égaux, c'est-à-dire les hommes et les femmes sont égaux en droits et en obligations. Il semble que les deux cultures font appel à un certain renfort pour que la femme puisse bénéficier d'une certaine égalité.

Mais cette question de l'égalité aux fins d'inclusion, la discrimination positive de la femme, peut également avoir son côté négatif, tel que mentionné par le professeur Picard. Prenons l'exemple du veuf qui souhaite bénéficier d'allocations en raison du décès de sa femme. Nous avons une décision de la cour constitutionnelle brésilienne et un autre de la cour constitutionnelle française. La première a estimé en 2008 dans le cadre de l'appel (*agravo regimental*) n. 538673 originaire du Rio Grande do Sul, que le veuf n'y avait pas droit. Le Conseil constitutionnel a estimé, dans plusieurs décisions, notamment celle de n. 483 de 2003, que ce ne serait pas le cas, même en reconnaissant qu'il y avait bien un traitement inégal dans le régime juridique du bénéficiaire au profit de la femme. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé qu'il ne pourrait pas méconnaître les limites qui lui sont confiées par la Constitution. Autrement dit, aussi bien au Brésil qu'en France, même si l'on reconnaît éventuellement l'absence d'égalité, les juges estiment – v. la jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* au Brésil et celle du Conseil constitutionnel en France – qu'ils ne peuvent pas toujours la corriger. Si l'on allait un peu plus loin, on verrait que la Cour européenne des droits de l'homme s'est déjà manifestée dans le sens qu'il y a bien une violation du principe d'égalité qui, comme le professeur Picard l'a souligné, a un contenu impératif que l'on ne peut pas ignorer. La question que je me pose : si nous avons deux juridictions décidant dans un sens et une autre dans l'autre, laquelle est la meilleure solution ? Cela révèle à quel point il est difficile d'appliquer le principe d'égalité.

Je souhaiterais faire encore une remarque, un commentaire, raconter une anecdote. Le *Supremo Tribunal Federal* a décidé, l'année dernière, sur la base du caractère obligatoire de l'enseignement public, qu'il n'était pas possible ou qu'il n'était pas admissible de demander aux

étudiants de régler des frais d'inscription dans les universités publiques fédérales. Je souhaite alors demander au professeur Picard : considérant que la Constitution française prévoit également le caractère obligatoire de l'enseignement, ne pourrait-on pas adopter une solution similaire ? J'observe d'ailleurs que, jusqu'à l'année dernière, les frais d'inscription qui faisaient, selon le *Supremo Tribunal Federal*, obstacle à l'égalité devant l'enseignement public étaient à la hauteur de 7,27 *reais*... l'équivalent peut-être à trois sodas. Enfin, ce sont ces deux questionnements.

Etienne PICARD : Je vais essayer de répondre à l'une et à l'autre question, encore que j'aie moins compris la première que la seconde.

En ce qui concerne la seconde, si je l'ai correctement comprise, vous vous interrogez sur le point de savoir pourquoi il y a dans la Constitution française un principe selon lequel l'enseignement est gratuit à tous les degrés, alors que par ailleurs nos étudiants payent des droits d'inscription. La réponse est très simple ; elle tient au fait qu'il y a une loi de 1952 qui prévoit que les étudiants doivent acquitter des droits d'inscription. Il se pourrait que cette loi soit inconstitutionnelle. Mais étant donné qu'elle a été adoptée, puis régulièrement promulguée et qu'il n'y a pas eu de recours contre elle, en inconstitutionnalité, devant le Conseil constitutionnel, c'est elle qui s'applique devant les tribunaux qui sont compétents pour l'appliquer, c'est-à-dire en l'espèce le juge administratif. Il doit l'appliquer car cette loi existe, même si elle est inconstitutionnelle, à supposer qu'elle le soit. Il est d'ailleurs possible qu'elle soit inconstitutionnelle ; mais, comme il n'y a pas encore de contrôle de la constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel de la loi par voie d'exception, les juges administratifs comme les juges judiciaires d'ailleurs – tant que la loi organique n'est pas encore entrée en vigueur suite à la dernière révision constitutionnelle qui permettra un contrôle de ce type – sont encore tenus d'appliquer la loi même inconstitutionnelle. Il deviendra possible d'invoquer cette inconstitutionnalité devant les juges de l'application de la loi, qui pourront renvoyer la question au Conseil constitutionnel, lorsque la loi organique prévue par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 sera adoptée, c'est-à-dire, donc, lorsque l'exception d'inconstitutionnalité pourra être invoquée à l'encontre de toutes les lois qui seraient arguées d'inconstitutionnalité : lorsque ce système sera effectivement mis en œuvre, on pourra alors si le Conseil d'État et la Cour de Cassation y consentent demander au Conseil Constitutionnel de se prononcer le cas échéant, sur cette inconstitutionnalité. Voilà pour les droits d'inscription. Mais là nous avons une situation qui n'est pas propre aux droits d'inscription, il y a sans doute beaucoup d'autres lois qui peuvent être contestées sur le plan de leur inconstitutionnalité.

En ce qui concerne maintenant la question de l'égalité des hommes et des femmes et le caractère un peu restrictif de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, je ne connais pas suffisamment bien la décision de 2003 à laquelle vous faites allusion : il faudrait que je l'aie sous les yeux afin de la comprendre un peu mieux et de la discuter de façon plus pertinente, donc je ne fais qu'une réponse très générale. Simplement j'ajouterai à ce que j'ai dit tout à l'heure, lorsqu'il s'agit de discriminations autant négatives que positives entre les hommes et les femmes, le Conseil Constitutionnel a toujours adopté – pour tous les cas de discrimination formellement interdite par la Constitution – une position très stricte, c'est-à-dire qu'il n'a jamais admis que le législateur puisse de sa propre initiative rectifier des inégalités structurelles entre les personnes qui appartiennent à des catégories pour lesquelles la discrimination est formellement interdite. L'article 1^{er} de la Constitution, en particulier, interdit toute discrimination fondée sur l'origine, la race et la religion. Voilà des discriminations qui sont formellement interdites. Lorsqu'une loi voudrait prendre des mesures de correction de discrimination factuelle, pratiquée dans le passé, afin d'aboutir à un rééquilibrage de cette situation, de sa propre initiative, le Conseil Constitutionnel dit « Attention, c'est un domaine qui fait objet des dispositions constitutionnelles spécifiques et pour lesquelles il faut être extrêmement prudent ». C'est ce qu'il faisait pour les quotas par sexe même si l'intention pouvait être bonne en vue d'un rétablissement d'un équilibre, il a interdit – sur le plan constitutionnel – que le législateur puisse seul, de sa propre initiative, combattre cette inégalité. C'est pourquoi il a fallu, pour instaurer les mesures propres à rétablir une égalité quantitative, une révision constitutionnelle

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'autres sortes d'inégalités structurelles factuelles, que l'on voudrait corriger par une discrimination positive, alors qu'aucune disposition constitutionnelle ne condamne quelque discrimination à cet égard, lorsqu'on est en dehors de cette hypothèse, alors le juge constitutionnel admet parfaitement que le législateur puisse de sa propre autorité tendre à rectifier des situations inégales. Par exemple, pour l'emploi des jeunes, c'est une finalité d'intérêt général, il n'y a pas de protections constitutionnelles qui viendraient placer les jeunes sous une protection constitutionnelle qui interdirait toute discrimination à leur rencontre. C'est un peu paradoxal comme situation mais puisqu'il n'y a pas de disposition constitutionnelle spécifique sur ce domaine là, le Conseil Constitutionnel admet parfaitement que le législateur puisse prendre des dispositions en vue de faciliter l'emploi des jeunes. C'est toute l'affaire du contrat de première embauche qui a soulevé beaucoup d'émotion en France, qui a suscité beaucoup de manifestations – pendant très longtemps la Sorbonne a été occupée pour cette question. En définitive il y a une décision du

Conseil Constitutionnel qui admet que le législateur puisse, dans le but de favoriser l'emploi des jeunes – on peut discuter sur le point de savoir si cela favorise effectivement l'emploi des jeunes, mais cela est une autre question – dans tous les cas, et dans ce but là, il est parfaitement possible que le législateur opère des différenciations dans les contrats applicables aux jeunes et applicables à ceux qui ne sont pas jeunes. C'est une certaine discrimination, mais on ne peut pas rentrer ce cas dans la catégorie de discriminations positives; c'est une différenciation du régime. Cette différenciation du régime n'est pas condamnée par la Constitution, au contraire, le Conseil constitutionnel l'admet parfaitement.

J'ai cité d'autres formes de discrimination; j'ai mentionné très rapidement les zones franches, les exonérations d'impôts, etc. sont des choses qui sont pratiquées depuis très longtemps et ce sont véritablement des dispositions qui, à certains égards, sont discriminatoires, il y a des personnes qui sont dans des situations similaires et qui ne sont pas assujetties aux mêmes règles. C'est vraiment discriminatoire. Cela favorise certains et défavorise d'autres. En tous les cas si ce genre de mesure ne défavorise pas d'autres sujets de droits, il est certain que la concurrence ne serait pas exactement la même selon que cette mesure est adoptée ou non. Cela n'a jamais été interdit constitutionnellement, le Conseil d'État d'ailleurs admettait depuis très longtemps, dans sa jurisprudence que, pour des buts d'intérêt général, il soit possible de déroger à la stricte égalité. Les taxis peuvent circuler dans les couloirs de circulation qui sont interdits aux voitures; il y a une discrimination en tous les cas, il y a des mesures de différenciation au profit des taxis. C'est une discrimination, une différenciation qui est justifiée par l'intérêt général qu'il y a de favoriser la circulation de ces voitures qui rendent service à tout le monde. Voilà, nous avons ici l'une des raisons pour lesquelles le traitement par le Conseil Constitutionnel n'est pas exactement le même selon qu'il s'agit des catégories contre lesquelles les discriminations sont constitutionnellement protégées et les autres pour lesquelles il n'y a pas de protection constitutionnelle.

Tout cela suscite la discussion; c'est peut-être une mesure de prudence de la part du Conseil constitutionnel. Ce sont des sujets tellement délicats, les sujets pour lesquels il y a une interdiction constitutionnelle de discrimination qu'il n'est peut-être pas prudent de laisser le législateur libre de procéder à des mesures sans qu'il y ait des précautions constitutionnelles préalables.

Roger RAUPP RIOS (2): Je vous remercie, M^{me} Valeschka e Silva Braga, de vos observations. La jurisprudence du STF en matière d'extension

(2) Version française établie à partir de l'original en portugais.

du droit à la pension du conjoint survivant se révèle, sauf erreur de ma part, partagée entre les différentes opinions de ses membres. Dans un de ses arrêts, je crois le premier en la matière, le tribunal a estimé que la raison de l'attribution d'un droit automatique à la pension à la veuve en fonction du décès de son époux, et non le contraire, était la situation de fait de dépendance économique de la femme, compte tenu des conditions économiques, sociales, historiques lors de la promulgation de ces lois. De cette façon, j'estime que, au moment d'examiner la jurisprudence, soit celle du STF, soit celle de la France, soit celle de l'Union européenne, dans toutes les hypothèses, le critère qui doit guider la décision est la vérification de cette situation empirique, de l'existence ou non de cette dépendance susceptible de justifier la présomption de dépendance, en l'occurrence une présomption juridique. De cette façon, je ne dirais pas qu'une juridiction a, dans l'absolu, bien ou mal pris sa décision, sans prendre en considération les circonstances de fait, les données empiriques à propos de l'existence ou non de cette dépendance. Cette donnée nous permet de comprendre le fait que, dans le cadre d'un colloque de droit comparé, nous soyons face à des décisions divergentes rendues par de différentes juridictions. Peut-être que, dans ce cas, l'expérience du droit comparé dans l'une ou l'autre juridiction nous sera utile pour clarifier, non pas le bien fondé d'une décision, mais les critères qui peuvent, dans telle ou telle circonstance, mener à telle ou telle solution.

En ce qui concerne la décision du STF à propos de la gratuité de l'enseignement supérieur, elle a en effet fait l'objet d'une riche discussion et continue de faire débat en raison de l'imposition d'autres frais universitaires par les universités publiques. Notre *Tribunal Regional Federal* de la 4^e région (3) a décidé que les universités fédérales ne pouvaient pas imposer des frais d'inscription dans les cours d'*especialização* (4) réalisés en province. La loi relative aux orientations et bases de l'éducation, en vigueur en droit brésilien, me semble – sans manquer de respect envers ceux qui pensent différemment – autoriser la décision prise par le *Tribunal Regional Federal* dans une espèce diverse de celle relative aux frais d'inscription pour l'année universitaire.

(3) Parmi ses compétences, le *Tribunal Regional Federal* connaît, en deuxième degré de juridiction, des affaires relevant de l'intérêt de l'Etat fédéral (l'Union). Le Brésil compte sur cinq tribunaux de ce type, un par région. Celui de la quatrième région est compétent pour les affaires issues des juridictions de trois Etats : Paraná, Santa Catarina et Rio Grande do Sul (N. de R.).

(4) L'*especialização* est un cours ouvert aux étudiants titulaires d'une *graduação*, c'est-à-dire à celles et à ceux ayant terminé les études de droit. Ce diplôme ne se situe pourtant pas au niveau que le cours de master. Il est en réalité un niveau intermédiaire non-obligatoire entre la *graduação* et le master (N. de R.).

En ce qui concerne les propos du professeur Picard, il est remarquable comment, à plusieurs reprises, pendant son intervention initiale et même maintenant, il a enrichi le débat avec ses considérations sur la logique et, je dirais, la tension existante dans ce que la plupart des juridictions européennes appelle la discrimination positive ou la discrimination inverse, et ce que d'autres juridictions préfèrent appeler les actions affirmatives ou actions positives – sauf erreur de ma part, le juge anglais adopte le nom d'actions positives, ce qui n'est pas une simple question de nomenclature, mais une question de logique juridique. Je ne rentrerai pas dans ce débat maintenant, ainsi que le professeur Picard n'a pas eu l'occasion de développer davantage son raisonnement lors de son intervention, mais je souhaiterais souligner cette diversité et cette richesse de positions que nous pouvons constater sur ce sujet, de sorte que des expressions comme discrimination inverse, discrimination positive, traitement privilégié me semblent n'apporter rien au débat, dans la mesure où ces actions affirmatives ne sont pas des exceptions ou des restrictions au principe d'égalité, mais des mesures de lutte contre les discriminations qui se perpétuent dans le temps et qui portent atteinte au principe d'égalité (ce sujet a été traité dans mon livre *Direito da Antidiscriminação*). Je vous remercie sincèrement du privilège de participer à ce débat si enrichissant.

Thales MORAIS DA COSTA (5) : Je me permettrais juste d'aborder rapidement deux points, tous les deux en rapport avec les « discriminations positives » ou, si l'on préfère, les « actions affirmatives ». En premier lieu, en pensant à l'évolution du droit brésilien ces dernières années, je me demande qu'est-ce qui peut bien rester à la notion juridique de privilège; autrement dit, comment distinguer ce qui est un privilège, d'un point de vue juridique, de ce qui ne l'est pas? Il me semble qu'à partir du moment où l'on accepte qu'une inégalité de fait légitime un régime juridique différencié pouvant amener à l'octroi d'un certain avantage, l'on finit par brouiller la notion de privilège. Que cet avantage soit lié au fait d'être membre d'une certaine minorité – ethnique ou autre – ne règle pas la question, me semble-t-il, car les minorités et les groupes au sein de la société sont de plus en plus nombreux et chacun revendique un régime juridique spécifique. La question demeure ouverte: qu'est-ce que c'est qu'un « privilège » en termes juridiques?

Le deuxième point concerne les quotas fondés exclusivement sur la race, tout particulièrement lors des concours d'accès à la fonction

(5) Ce commentaire n'a pas pu être présenté à l'oral le 26 mai 2009, faute de temps disponible.

publique ou à l'université. Je ne me pencherai pas sur la question de savoir si ces quotas rentrent dans la notion de « discrimination raciale », telle que comprise en droit français ou bien telle que comprise en droit brésilien. Je souhaite tout simplement vous inviter à réfléchir à la définition qui en donne la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, ratifiée à ce jour par 172 États, dont le Brésil et la France. Son article 1^{er} propose une définition de la discrimination raciale qui est le fruit d'un consensus entre tous les États signataires: « 1. Dans la présente Convention, l'expression 'discrimination raciale' vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ». L'on observe tout d'abord que cette définition comprend non seulement la restriction ou l'exclusion fondée sur la race – soit le volet classique et « négatif » de ce type de discrimination –, mais aussi toute « préférence » fondée sur le critère racial, c'est-à-dire son volet « positif ». L'on constate ensuite que cette définition ne laisse aucune place aux circonstances de fait pouvant amener les États à instaurer une « discrimination raciale ». Cela veut dire que les inégalités de fait, même les plus graves, ne se prêtent pas à justifier la distinction, l'exclusion, la restriction ou la préférence fondée sur la race. L'absence de toute exception de ce genre n'est pas un oubli des rédacteurs de cette Convention ni le signe d'une vision dépassée de la question raciale. Ancrées dans l'histoire, les inégalités de fait dont subissent les noirs étaient à l'ordre du jour dans les années 1960, tout particulièrement en raison du mouvement pour les droits civiques aux États-Unis d'Amérique. Si la Convention adoptée en 1965 n'autorise nullement à créer des restrictions ou des préférences fondées sur la race, c'est parce que le problème n'est ni dans la restriction ni dans la préférence en elles mêmes, mais dans la race comme *critère* de restriction ou de préférence

GRILLE D'ANALYSE

QUESTIONNAIRE À L'ATTENTION DES RAPPORTEURS NATIONAUX

1. Dans quelles conditions le principe d'égalité est-il protégé par la Constitution ? Y a-t-il une prévision générale où seule est prévue son application à des domaines spécifiques (social, économique, familial, accès aux fonctions publiques, élections...)?
2. Au cas où la Constitution contiendrait une prévision générale, le texte constitutionnel fournirait-il des précisions sur le concept juridique d'égalité ? S'agirait-il d'égalité dans la jouissance des autres droits reconnus par la Constitution (= des droits égaux pour tous) ? S'agirait-il d'égalité devant la loi (= des lois égales pour tous) ? S'agit-il d'égalité dans la loi (= tous égaux dans la loi) ? Le texte constitutionnel viserait-il à protéger l'égalité formelle ou/et matérielle ?
3. Le principe d'égalité, tel que prévu dans la Constitution, n'informe que les règles applicables à l'État (y compris les rapports États-particuliers et les rapports entre entités sous-étatiques) ou s'applique-t-il aussi aux rapports entre particuliers ?
4. Selon les termes de la Constitution, le principe d'égalité est-il absolu ou accepte-t-il des restrictions ? Si la Constitution est muette à ce sujet, quelle serait la position de la jurisprudence sur le caractère relatif ou absolu du principe d'égalité ?
5. Si le principe d'égalité n'est pas absolu – par la force de la Constitution ou de la jurisprudence, selon le cas –, les discriminations susceptibles d'être créées sont aussi bien celles dites « négatives » (désavantages conférés à certaines personnes) que celles dites « positives » (avantages accordés à certaines personnes) ou seules les dernières pourraient être juridiquement justifiées ?
6. Si des restrictions peuvent être imposées au principe d'égalité, quelle serait l'autorité compétente pour créer de telles restrictions ? Le législateur ? Le juge ? L'autorité administrative ? Ou seules peuvent être admises les restrictions prévues par la Constitution ? Quelles sont les garanties ou remèdes que le système offre aux « victimes » d'une discrimination ?

7. Y a-t-il des critères de discrimination expressément interdits par la Constitution ou, le cas échéant, par la jurisprudence? Y a-t-il influence d'autres ordres juridiques (européen ou droit comparé) dans l'application du principe d'égalité?
8. Au cas où des critères de discrimination seraient interdits par la Constitution, cette interdiction serait-elle absolue ou comporterait-elle des exceptions?
9. Au cas où des critères de discrimination seraient interdits par la Constitution, cette interdiction opérerait-elle aussi bien dans les cas de discrimination « négative » que dans ceux de discrimination « positive »? Y aurait-il des critères interdits pour la discrimination « négative », mais autorisés pour la discrimination « positive »?
10. Selon la Constitution ou le cas échéant la jurisprudence, les discriminations « positives » sont-elles tolérées ou obligatoires? Est-il possible de demander l'annulation d'un acte qui s'abstiendrait de créer une discrimination « positive »? Est-il possible d'obtenir une injonction imposant que certaines mesures de discrimination « positive » soient instaurées et appliquées?
11. Concernant la situation spécifique en matière d'accès à l'enseignement supérieur – partant du présupposé que les places soient limitées – quelle est la réglementation actuelle en matière d'égalité entre les candidats/élèves? Les exemples de discrimination « positive », le cas échéant, opèrent-ils aussi bien dans l'accès à l'enseignement supérieur public que privé?
12. Concernant la situation spécifique en matière de représentation politique, quelle est la réglementation actuelle en matière de droit de vote? Y a-t-il des catégories de femmes et d'hommes qui ne disposeraient pas du droit de voter? Parmi celles et ceux qui votent, chaque vote dispose-t-il du même poids dans l'élection du représentant – aussi bien dans l'exécutif que dans le législatif? Y aurait-il des différences de poids en fonction, par exemple, de la concentration démographique de la région où se trouve l'électeur? Dans le domaine de l'accès aux mandats électifs, tous les êtres humains disputent-ils dans les mêmes conditions où il y a des pourcentages minimums assurés pour la candidature de certains secteurs de la population?

*Thales Morais da Costa
Valeschka e Silva Braga*