

CONSTITUTIONNALISME IDYLLIQUE

LA CONSTITUTION ENTRE LA RÉALITÉ NORMATIVE ET LA RÉVERIE INTERPRÉTATIVE

Murillo Gutier | murillo@gutier.adv.br

1. Introduction

On raconte qu'au XVIII^e siècle, le **Baron de Montesquieu** observa les rouages de l'absolutisme français et formula une ingénieuse solution institutionnelle : séparer les pouvoirs afin que la liberté ne fût point écrasée par l'arbitraire. Naissait ainsi la promesse selon laquelle chaque organe étatique occuperait un espace délimité, de telle sorte que personne - pas même les juges, qu'il considérait comme « *la bouche de la loi* » - ne deviendrait le maître absolu du destin d'autrui. Cependant, l'histoire du constitutionnalisme a démontré qu'il est infiniment plus aisé de séparer formellement les compétences que de contenir, dans la pratique, l'élan humain de remodeler le monde selon ses convictions personnelles. Lorsque l'interprète de la Constitution s'éprend de la tâche de rendre justice, surgit un phénomène silencieux et redoutable : le juge cesse d'appliquer la Constitution qui existe et se met à appliquer celle qu'il aurait souhaité voir exister.

Ce déplacement subtil entre le **texte promulgué** et la version idéalisée qui habite le cœur de l'opérateur juridique constitue l'objet de la réflexion qui suit. Il s'agit d'examiner une posture herméneutique dans laquelle le lien affectif entre l'interprète et la Constitution se substitue, de manière dissimulée, à l'obéissance au document réel, instaurant ce qu'il a été convenu d'appeler **constitutionnalisme idyllique**. Plus qu'une curiosité académique, cette approche entraîne des répercussions concrètes sur la séparation des pouvoirs, sur la légitimité démocratique des décisions judiciaires et sur le sens même de vivre sous une Constitution (Cf. Fonteles, 2021).

La réflexion articule la psychanalyse, la théorie du droit et la jurisprudence afin de décrire comment l'interprète, frustré par les imperfections du texte constitutionnel, recourt à un *contrôle de moralité* déguisé en interprétation systématique. Pour ce faire, sont parcourus des diagnostics doctrinaux, des exemples tirés de la pratique judiciaire brésilienne et des épisodes constitutifs de la Constituante de 1988, qui convergent tous vers une thèse centrale : accepter la Constitution telle qu'elle est, avec ses défauts et ses contradictions, est une exigence incontournable pour quiconque prend au sérieux l'**État démocratique de droit** (Cf. Fonteles, 2021).

2. Développement

2.1 L'*ethos* contemporain de l'intolérance à la frustration et son reflet dans le Droit

Que l'on imagine une scène quotidienne : un vendeur ambulant est éloigné des abords d'une école par des agents publics, sous le prétexte que les enfants, à la vue de bonbons et de jouets qu'ils ne peuvent acheter, s'attristeraient. La norme municipale existait et était valide ; la controverse, cependant, se situait sur un autre plan : la société contemporaine s'est mise à traiter la frustration comme un ennemi à éliminer de l'horizon humain, créant une sorte de **bulle protectrice** contre les contrariétés émotionnelles. C'est ce même esprit qui anime la prolifération des prétendues *no judgements zones* dans les grandes métropoles, espaces aseptisés, exempts de toute critique, comparaison ou exigence de performance (Cf. Fonteles, 2021). *Exemple pratique* : les salles de sport new-yorkaises qui promettent des environnements psychologiquement sûrs fonctionnent comme de petits utérus symboliques, reproduisant la logique selon laquelle la souffrance ne doit jamais atteindre le sujet.

Le Droit, en tant que produit culturel, fut inévitablement emporté par ce courant. Le **Droit constitutionnel**, en particulier, s'est mué en scène privilégiée de cette quête d'un monde émotionnellement confortable, dans lequel la Constitution se lit non pas telle qu'elle est, mais telle que l'interprète la souhaite. Surgit ainsi la tendance à transformer le document normatif en instrument de pacification subjective, dans lequel chaque juge projette sur le texte ses propres convictions sur le juste et le beau (Cf. Fonteles, 2021).

2.2 La Constitution comme objet narcissique : la rencontre platonicienne entre le ciel et la terre

Chez **Platon** (2019), la réalité se divise en deux plans : le **monde intelligible**, parfait et habité par les idées, et le **monde sensible**, imparfait et perceptible par les sens. **Saint Augustin** (2002), au Moyen Âge, a repris cette structure en distinguant la Cité de Dieu de la Cité des hommes. Transposée à l'univers juridique, une question incontournable surgit : la Constitution de 1988 appartient-elle au ciel ou à la terre ? La doctrine romantique représentée par **Carlos Ayres Britto** (2012) répond avec enthousiasme : l'humanisme juridique promet à l'humanité de vivre dans le meilleur des mondes et d'*éprouver le ciel lui-même sur la terre*, le Droit devenant le moyen et l'humanisme la fin. *Exemple pratique* : il s'agit là d'une lecture qui ne voit pas dans la Constitution un document technique, mais un manifeste de rédemption existentielle.

La jurisprudence du **Tribunal Suprême Fédéral** (Supremo Tribunal Federal) a déjà flirté avec cette approche en consignant que le Droit n'existe pas pour rendre la vie amère, mais pour la rendre heureuse, comme on l'extrait du **RE 328.232/AM** (2005) et de l'**ADPF 132/RJ** (2011), où l'idée du bonheur a résonné comme vecteur herméneutique. Le prétendu droit au bonheur, toutefois, ne figure même pas dans la Constitution brésilienne, ayant été tiré d'une formule politique de la *Déclaration d'indépendance* des États-Unis (1776), de matrice jusnaturaliste et créationniste. Selon la théorie de la **bilatéralité attributive** (Cf. Reale, 2004), tout droit engendre un devoir corrélatif ; ainsi, s'il existait un droit subjectif au bonheur, le devoir - absurde - retomberait sur l'État de rendre tous heureux. Ce qui existe, en rigueur, c'est le droit à la **liberté** ou, pour certains, à la **dignité humaine** comme autonomie (Cf. Fonteles, 2021).

La consolidation de ces idées permet de définir le **constitutionnalisme idyllique** comme une approche romanticisée de la Constitution, marquée par une relation affective entre l'interprète et le texte, capable de remplacer le document moralement imparfait par une version particulière prétendument idéale. En registre psychanalytique, **Freud** (2010) décrit le *choix d'objet narcissique* comme une attraction envers un objet qui ressemble au sujet lui-même ou à ce qu'il aimerait être ; transposé au scénario juridique, la Constitution idyllique fonctionne comme un miroir, dans lequel le juge contemple ses propres vertus morales. *Exemple pratique* : **Luís Roberto Barroso** (2014) a déjà averti que la dignité humaine, en tant que concept juridique, fonctionne fréquemment comme un miroir dans lequel chacun projette ses propres valeurs ; et le ministre **Marco Aurélio**, dans un discours de 2010, a décrit son herméneutique en affirmant qu'il idéalise la solution la plus juste pour le cas concret puis recherche, dans l'arsenal normatif, l'appui nécessaire - acte clair de volonté au sens kelsénien (Cf. Kelsen, 1998).

La subjectivité de l'interprète, selon **Gadamer** (1999), agit comme un miroir déformant : plus le désir d'une issue conforme à l'utopie personnelle est grand, plus les mirages interprétatifs dans le texte deviennent intenses - phénomène que l'on peut qualifier de *pareidolies constitutionnelles* (Cf. Fonteles, 2021). Pour **Freud** (2011), l'illusion est la réalisation fictive d'un désir. Ainsi, le constitutionnalisme idyllique naît d'une **défaillance dans le processus d'acceptation** du texte réel, semblable à une *dissonance cognitive*, et la soupape de sécurité consiste à promouvoir un **contrôle de moralité** - diffus ou concentré - sur l'œuvre du pouvoir constituant. **Louis Michael Seidman** (2012) illustre ce mécanisme de dénégation en interrogeant pour quelle raison l'on prendrait une direction différente uniquement à cause de mots écrits sur un morceau de papier vieux de plus de deux cents ans.

2.3 Le contrôle de moralité dissimulé en tant que technique cachée de subversion constitutionnelle

Les textes sont des limites, et c'est précisément pour cela qu'ils incommode ceux qui souhaitent décider librement. Lorsque le malaise provient d'une loi ordinaire, l'on allègue l'inconstitutionnalité ; lorsqu'il provient d'une loi valide, l'on parle de *defeasibility* ; mais lorsque le malaise dérive de la Constitution elle-même, les alibis doivent être plus sophistiqués. La doctrine d'**Otto Bachof** (2008), qui soutenait la possibilité de **normes constitutionnelles inconstitutionnelles**, même originaires, a été expressément rejetée par le Tribunal Suprême Fédéral dans l'**ADI n° 815**, jugée le 28 mars 1996, sous le rapport du **Ministre Moreira Alves**. *Exemple pratique* : malgré cela, l'impossibilité dogmatique d'invalidier des normes originaires représente un échec et mat pour ceux qui ont échoué dans le processus d'acceptation de la Constitution.

Face à cette impasse, l'interprète idyllique se voit contraint de corriger moralement les normes qu'il juge injustes, exécutant un **contrôle de moralité** qui n'est jamais avoué dans les jugements et arrêts. Bien peu de magistrats reconnaîtraient appliquer la **Formule de Radbruch** (Apud Alexy, 2009), selon laquelle la loi extrêmement injuste doit céder le pas à la justice. Les raisons du silence varient : les juges activistes dissimulent dolosivement le contrôle moral par

le biais de subterfuges rhétoriques, tandis que les juges idylliques ne perçoivent même pas qu'ils répudient la Constitution, agissant mus par un **élan jusnaturaliste inconscient** (Cf. Fonteles, 2021). *Exemple pratique* : la « mutation constitutionnelle » fréquemment invoquée peut opérer comme un simulacre destiné à dissimuler une investigation morale sur les normes originaires.

Dans le constitutionnalisme idyllique, il y a **sincérité** : l'interprète croit fermement accomplir la Constitution, bien qu'il la dénature. La technique privilégiée consiste en l'usage précaire d'une prétendue **interprétation systématique**, dans laquelle un dispositif vague est invoqué pour corriger moralement un autre dispositif plus spécifique qui semble injuste. Comme le note **Rocha** (2012), celui qui vit en rêvant la vie croit à la véracité de ce qui est illusoire ; et **Scalia** (1997) ainsi que **Hart** (1977 ; 2010) avertissent au sujet de la *cryptolégislation* exercée sous le couvert du *due process* substantiel, par laquelle des droits inexistantes sont introduits clandestinement dans l'ordre juridique. *Exemple pratique* : dans la pratique, la Constitution se voit utilisée contre elle-même.

2.4 L'article 3, I, de la CF/88 et le protagonisme de la justice intuitive

Le dispositif constitutionnel le plus fréquemment invoqué par les adeptes du constitutionnalisme idyllique est l'**article 3, I**, de la Constitution fédérale, selon lequel constitue un objectif fondamental de la République de bâtir une société juste. Si l'objectif est la justice, comment rendre des décisions judiciaires injustes ? Cette question rhétorique ouvre la voie à ce que la **justice intuitive** des magistrats assume un rôle prépondérant, secondée par le texte constitutionnel. *Exemple pratique* : le juge qui estime qu'une norme originaire est injuste invoque l'article 3 pour faire prévaloir son sentiment personnel sur la lettre du dispositif contesté.

La lecture techniquement correcte de l'article 3, I, contient toutefois une clause limitative fréquemment ignorée : la société juste doit être bâtie *aux termes de la présente Constitution*. Autrement dit, le dispositif ne confère pas un chèque en blanc permettant aux juges d'exercer un contrôle de moralité - diffus ou concentré - sur l'œuvre du pouvoir constituant. Le constituant a le pouvoir d'établir des exceptions à lui-même, et la justice constitutionnelle ne saurait se confondre avec la justice intuitive (Cf. Fonteles, 2021).

2.5 La doctrine de Carlos Ayres Britto comme expression paradigmatique de l'idylle constitutionnelle

L'œuvre de **Carlos Ayres Britto** (2012) présente le Droit comme une fusion de deux justices : la **justice abstraite** de la Constitution (signifiant), découverte par l'intelligence, et la **justice empirique** de la décision judiciaire (signifié), pressentie par le sentiment, l'âme et le cœur. L'interprétation serait biphasée : d'abord, une « révélation virginale » du texte, puis une « refonte » de cette révélation à la lumière du cas concret, dans laquelle émerge le « sens de la justice réelle » - vertu personnelle définie comme une sensibilité sociale à *fleur de peau*. *Exemple pratique* : le magistrat est invité à libérer ses sentiments sans perdre de vue les

coordonnées mentales du Droit légiféré, équilibre qui présuppose une grande confiance dans la tempérance du juge.

Un tel pari doctrinal s'avère risqué, car il méconnaît que les coordonnées du Droit légiféré peuvent déjà arriver déformées par la vision sentimentaliste des juges eux-mêmes. En sens contraire, **Eros Roberto Grau** (2017) avoue avoir *peur des juges* à cause de la manière dont ils jugent, divinisant les principes au point de justifier presque une discrétion judiciaire au nom de la justice. L'approche fascinante et envoûtante du constitutionnalisme idyllique séduit parce qu'elle paraît « plus juste », mais elle effraie parce qu'elle transfère au juge un poids de pouvoir politique incompatible avec la séparation des pouvoirs. *Exemple pratique* : louer le « sens de la justice réelle » du magistrat sans ancrage normatif équivaut à déléguer à l'intuition individuelle le destin du pacte démocratique.

2.6 Objections à la justice intuitive et reconnaissance de la Constitution réelle

Trois objections déconstruisent le prétendu fondement du constitutionnalisme idyllique dans l'article 3, I, de la CF/88. La première réside dans l'**absence de consensus** sur le contenu de la justice : d'Aristote à **John Rawls** (1993), en passant par **Kelsen** (2011) et **Amartya Sen** (2010), d'innombrables théories se disputent la primauté académique, et **Dworkin** (2006) constate que les sociétés plurielles divergent farouchement sur la justice sociale. *Exemple pratique* : selon la prédilection académique du juge, l'article 3 allume une bougie pour n'importe quel camp du litige, se transformant en arme rhétorique multifonction.

La deuxième objection est que le **sens de la justice réelle** du magistrat l'invite à se contempler lui-même lorsqu'il cherche le juste, configurant le *choix d'objet narcissique* freudien déjà mentionné (Cf. Rocha, 2012). Les magistrats qui croient, par exemple, en un **droit naturel au port d'arme à feu** dérivé du droit à la vie ne trouvent aucune disposition de la sorte dans la CF/88 ; les juges ne sont pas libres de remplir l'idée vague de justice avec leurs sentiments, comme si la norme constitutionnelle était un corps errant en quête d'âme (Cf. Fonteles, 2021).

La troisième objection soutient que la **Constitution réelle de 1988 n'est pas une justice abstraite**. Il existe une catégorie opérationnelle dénommée **injustice constitutionnelle**, qui ne constitue pas un paradoxe, car tout ce qui est licite n'est pas honnête - *non omne quod licet honestum est*. De même, il existe une **justice inconstitutionnelle**, car des solutions justes pour de nombreux problèmes concrets n'ont tout simplement pas été retenues par le constituant. Le plan de la constitutionnalité exige un jugement de **validité**, tandis que le prédicat de la justice renferme une appréciation **morale** ; l'un n'implique pas l'autre. *Exemple pratique* : élever la Constitution au statut de justice abstraite crée un système opérationnel dont l'interface ne dialogue pas avec la réalité des injustices constitutionnelles.

2.7 Injustices constitutionnelles structurelles : la genèse viciée du texte de 1988

La Constitution de 1988 souffre de problèmes structurels quant à sa **genèse**. Seules **11 personnes noires** ont intégré l'Assemblée nationale constituante dans un pays où la couleur

caucasienne est statistiquement minoritaire dans le kaléidoscope ethnique, et seules **26 femmes** ont participé à l'élaboration de la Charte - chiffre qui révèle sans détour la sous-représentation féminine (Cf. Fonteles, 2021). **Mark Tushnet** (2014) décrit que, pour des raisons pratiques, certains groupes ne participent pas au *constitution-making*, soit parce qu'ils sont peu nombreux, soit parce que, malgré leur nombre, ils manquent de capacité d'organisation, et observe que l'idée de « pouvoir constituant », telle qu'enracinée dans la Révolution française, bien qu'utile pour expliquer la base normative de l'autorité, n'est pas une catégorie intégrée au « monde réel ». *Exemple pratique* : l'argument de la **fonction contre-majoritaire** des tribunaux constitutionnels s'affaiblit lorsque le peuple n'a pas été correctement représenté dans le texte contrôlé.

Il existe, par ailleurs, des dispositions dont l'insertion a procédé d'une **volonté qui n'était pas entièrement libre**. L'**article 142**, en autorisant l'action endogène des Forces armées pour la garantie de la loi et de l'ordre, aurait découlé d'un épisode au cours duquel le **Ministre Leonidas Pires Gonçalves** invita **Bernardo Cabral** dans sa résidence et l'y retint jusqu'à ce que la rédaction souhaitée fût imprimée - selon une version attribuée à Sarney lui-même (Cf. Carvalho, 2017). *Exemple pratique* : il s'agit là d'une coercition apparentée à une séquestration privée, vice de consentement jamais prononcé, à propos duquel Leonidas lui-même reconnut, dans un entretien avec la *Folha de São Paulo* (1987), l'existence d'un *lobby* militaire au sein de la Constituante.

Bernardo Cabral, rapporteur de la Constituante, décrit l'**introduction clandestine** et malicieuse de dispositions sur des sujets tels que la navigation, les entreprises et les capitaux étrangers, lesquelles furent retirées dès qu'elles furent détectées (Cf. Carvalho, 2017). Quant aux attentes romantiques d'héroïsme moral, des récits liés à **Antônio Carlos Magalhães** et à la biographie écrite par **Luiz Gutemberg** indiquent qu'**Ulysses Guimarães**, après le coup d'État de 1964, aurait intégré une commission de huit notables prête à révoquer des mandats politiques pour quinze ans - offre déclinée par Costa e Silva, qui disposait déjà de son acte institutionnel (Cf. Carvalho, 2017). *Exemple pratique* : examiner les constituants à l'aune d'une règle morale rigoureuse est un exercice désenchantant ; le réconfort réside dans le fait que l'on est gouverné par les lois et non par les hommes (Cf. Scalia, 1997).

2.8 Injustices constitutionnelles matérielles : le suffrage « universel » relativisé

En démocratie, selon **Robert Dahl** (2016), le processus démocratique requiert cinq conditions : la participation effective, l'égalité du vote, l'entendement éclairé, le contrôle du programme de planification et l'**inclusion plénière des adultes**. **Bonavides** (2016) rappelle que, même dans l'Athènes antique, des auteurs plus rigoureux identifient une aristocratie démocratique, car les femmes et les esclaves étaient bannis des droits politiques. Au Brésil, les femmes n'ont pu voter qu'à partir de 1932, ce qui suffit à affirmer l'inexistence d'une Constitution démocratique antérieure à celle de 1934 ; en France, le droit de vote féminin a été instauré encore plus tard, en 1944. *Exemple pratique* : toutes les constitutions brésiliennes antérieures à celle de la Quatrième République (1946-1958) sont privées de pleines lettres de noblesse démocratiques.

Bien que l'**article 14, caput**, proclame le **suffrage universel**, la réalité dément ce mantra. Les **conscrits** (hommes accomplissant leur année de service militaire obligatoire) ne sont ni inscriptibles ni éligibles (art. 14, §§ 2 et 4), ce qui touche les **médecins, dentistes, pharmaciens et vétérinaires** qui, même après leur diplôme, accomplissent un service militaire et se trouvent privés de citoyenneté politique pendant la période électorale. *Exemple pratique* : des Brésiliens adultes et capables, gouvernés par des mandataires qu'ils n'ont pu élire - le constituant, à proprement parler, **s'est méfié de l'intégrité et de l'aptitude de ces êtres humains** (Cf. Fonteles, 2021).

Les **analphabètes** sont privés du *jus honorum*, alors que la puissance publique elle-même a manqué à son devoir d'éducation. Le **Tribunal Supérieur Électoral** (TSE), dans la **Procédure administrative PA n° 51371** (jugée le 12 avril 2018, rapporteur Min. **Luiz Fux**), a reconnu le caractère élitiste de la norme, avertissant que des critères rigides d'évaluation de l'analphabétisme perpétueraient la domination politique comme un monopole des élites ; néanmoins, dans le **RO 060247518** (jugé le 18 septembre 2018, rapporteur Min. **Luís Roberto Barroso**), les controversés *tests d'alphabétisation* ont été validés - manière stigmatisante d'apprécier l'instruction de ceux qui seraient choisis par leurs pairs pour les gouverner. *Exemple pratique* : il s'agit de protéger les citoyens « contre eux-mêmes », en subordonnant le peuple aux termes définis par le constituant (art. 1er, paragraphe unique).

La Constitution prive également de droits politiques les **condamnés pénalement** par sentence définitive tant que ses effets subsistent (art. 15, III). L'État qui réclame la resocialisation ampute paradoxalement la citoyenneté, *étrangéisant* le Brésilien condamné en le traitant comme un étranger. *Exemple pratique* : le constitutionnaliste idyllique tenterait, par interprétation systémique, de restituer la citoyenneté aux conscrits, analphabètes et condamnés ; la lecture correcte, cependant, est que le constituant originaire peut établir des exceptions à lui-même (Cf. Fonteles, 2021).

2.9 Injustices constitutionnelles matérielles II : la disproportionnalité comme choix du constituant

L'**article 243** prévoit que celui qui cultive des drogues illicites dans son jardin perd ledit jardin. Que l'on imagine un jeune homme humble et sans emploi qui, voyant ses parents tomber malades, décide de cultiver des plantes psychotropes pour les vendre dans sa communauté : outre l'incarcération, il perdra le foyer familial. Surgit alors la question de savoir si l'expropriation atteint seulement la zone effectivement cultivée ou la totalité du terrain décrit dans l'acte de propriété. *Exemple pratique* : le **Tribunal Régional Fédéral de la 1re Région** (TRF 1) a considéré que la confiscation de la totalité de l'immeuble violerait le principe selon lequel aucune peine ne saurait dépasser la personne du condamné, configurant une atteinte au **principe de proportionnalité**.

En recours extraordinaire, toutefois, le **Tribunal Suprême Fédéral** (Plénière), dans le **RE 543.974/MG**, jugé le 26 mars 2009 sous le rapport du Ministre **Eros Grau**, a repoussé l'argument de la disproportionnalité, considérant que s'opposer aux choix du Pouvoir

constituant équivaldrait à le limiter, hypothèse inadmissible, car le constituant serait souverain dans les limites de la proportionnalité - « chose jamais vue ». *Exemple pratique* : l'amendement constitutionnel 81/2014 a remplacé « glebas » (parcelles) par « propriétés », et la Cour s'est inclinée devant la décision du constituant, reconnaissant que le constituant originaire peut être disproportionné. Que cela plaise ou non, la Constitution réelle autorise des disproportionnalités ponctuelles (Cf. Fonteles, 2021).

3. Considérations finales

Le parcours analytique permet de consolider des conclusions interconnectées. Le **constitutionnalisme idyllique** ne contrarie pas émotionnellement l'interprète ; au contraire, il répond à ses attentes sentimentales et transforme la Constitution en **objet narcissique**. Il prend racine dans une défaillance du processus d'acceptation, semblable à une dissonance cognitive, dont la soupape de sécurité est le **contrôle de moralité** - diffus ou concentré - sur l'œuvre du constituant : pratique sans appui dans l'ordre juridique brésilien, bien qu'encouragée par des doctrines étrangères telles que celles de **Radbruch** et de **Bachof** (Cf. Fonteles, 2021).

Ce contrôle moral est une opération **subreptice** : dans l'activisme judiciaire, il est dissimulé par des alibis rhétoriques simulés ; dans le constitutionnalisme idyllique, il se manifeste comme un **élan jusnaturaliste inconscient**. Son repère théorique a déjà atteint une partie de la jurisprudence du Tribunal Suprême Fédéral et de la doctrine nationale, l'œuvre de **Britto** (2012) en étant l'expression paradigmatique, soutenue par l'idée **intuitive** de justice sur les plans abstrait (Constitution parfaite) et empirique (décision idéale). Il n'existe cependant aucune relation d'implication entre **texte constitutionnel** et **justice** : élever la Constitution au *statut* de justice abstraite engendre un système opérationnel dont l'interface ne dialogue pas avec la catégorie de l'injustice constitutionnelle.

Les exemples d'injustice constitutionnelle - **structurels** (sous-représentation, coercition, introduction clandestine) et **matériels** (suffrage atténué, disproportionnalité de l'art. 243) - partagent le même cheminement argumentatif : ils utilisent un dispositif vague « x » pour corriger un dispositif spécifique « y », par le biais d'une interprétation systématique précaire. À la lumière de l'unité de la Constitution, la lecture techniquement correcte est que le dispositif « x » (plus vague) est valide **aux termes de la Constitution**, le constituant pouvant à son tour établir des exceptions à lui-même. *Exemple pratique* : la Constitution est un document, et les documents sont imparfaits, défectueux, parfois injustes ; **Ulysses Guimarães**, dans un discours du 5 octobre 1988, a reconnu que la Charte n'est pas parfaite en admettant sa propre réforme. Les imperfections sont l'objet de **réformes**, non de corrections moralistes.

Au étudiant en Droit revient un choix décisif : accepter la Constitution telle qu'elle est ou vivre un roman, une illusion, un **constitutionnalisme idyllique**. Demander à un juriste idyllique si la Constitution garantit un droit revendiqué par son sentiment intuitif de justice est

aussi insoupçonnable que d'interroger une mère sur les attributs esthétiques de son enfant. **Il convient d'amorcer le processus d'acceptation** (Cf. Fonteles, 2021).

Logique du thème (Constitutionnalisme idyllique)

La logique sous-jacente au thème part d'un constat culturel : la contemporanéité ne tolère pas les frustrations et fabrique des bulles psychologiques pour les éviter. Cet *ethos* atteint le Droit constitutionnel et conduit l'interprète à projeter sur la Constitution un **moi idéalisé** - mouvement que la psychanalyse décrit comme un choix d'objet narcissique. Lorsque le texte réel frustré ce désir - par la présence de normes structurellement viciées, de dispositifs disproportionnés ou de clauses matériellement injustes -, l'interprète développe une **dissonance cognitive** entre la Constitution qu'il aime et la Constitution qui existe. La solution psychologique - et juridiquement irrégulière - consiste à **substituer** au texte réel une version moralement améliorée, par le biais d'un contrôle de moralité dissimulé, généralement déguisé en « interprétation systématique » qui invoque un dispositif vague (tel que l'art. 3, I) pour neutraliser un autre, plus spécifique. La correction de cette pathologie herméneutique passe par la reconnaissance que (i) la Constitution et la justice sont des plans distincts - la première étant un jugement de **validité**, la seconde un jugement **moral** ; (ii) le constituant originaire peut établir des exceptions à lui-même ; (iii) les imperfections constitutionnelles sont l'objet de **réforme légitime** et non de croisades morales judiciaires ; et (iv) accepter la Constitution telle qu'elle est constitue le présupposé de la sécurité juridique et de la séparation des pouvoirs. La logique finale est ainsi thérapeutique : l'interprète doit mener à terme le **processus d'acceptation**, se libérant de la relation narcissique avec le texte et redécouvrant, dans ce désenchantement mature, le respect démocratique du pacte constituant.

Tableau Synoptique (*Quadro Sinótico*)

Thème / Institut	Explication
Constitutionnalisme idyllique	Approche romanticisée de la Constitution. Caractérisé par un lien affectif entre l'interprète et le texte. Substitue au document réel une version prétendument idéale. Fonctionne comme un objet narcissique de projection personnelle.
Ethos contemporain de l'intolérance à la frustration	Tendance culturelle à la création de bulles psychologiques. Reproduit la logique de l'utérus maternel. Se reflète dans le Droit comme un refus d'accepter des normes désagréables. Engendre des espaces exempts d'exigences et de critiques (<i>no judgements zones</i>).
Choix d'objet narcissique (Freud)	Attraction pour un objet semblable au sujet lui-même. Dans le champ constitutionnel, conduit le juge à se chercher lui-même dans le texte. La Constitution idyllique est, du point de vue psychanalytique, un miroir du <i>moi</i> de l'interprète.

Pareidolies constitutionnelles	Mirages interprétatifs tirés de dispositions vagues. Plus l'utopie de l'interprète est grande, plus les mirages sont intenses. Confondent désir et norme. Déforment le sens littéral et systématique du texte.
Droit au bonheur (mythe juridique)	Catégorie sans appui dans la CF/88. Importée de la <i>Déclaration d'indépendance</i> des États-Unis (1776). D'origine jusnaturaliste et créationniste. À proprement parler, désigne le droit constitutionnel à la liberté ou la dignité-autonomie.
Contrôle de moralité diffus et concentré	Opération dissimulée de correction morale du texte constitutionnel. Sans appui dans l'ordre juridique brésilien. Encouragée par des doctrines étrangères (Radbruch, Bachof). Agit comme soupape émotionnelle de l'interprète.
Formule de Radbruch	Thèse selon laquelle la loi extrêmement injuste doit céder à la justice. Rarement avouée dans les jugements brésiliens. Sert de toile de fond silencieuse au constitutionnalisme idyllique.
Justice intuitive	Sentiment individuel de justice du magistrat. Repose sur une sensibilité à <i>fleur de peau</i> . Expose la Constitution aux convictions personnelles du juge. Dangereuse lorsqu'elle est superposée au texte.
Injustice constitutionnelle	Catégorie opérationnelle. Désigne des dispositifs du constituant originaire moralement contestables. Ne constitue pas un paradoxe. Coexiste avec l'expression <i>non omne quod licet honestum est</i> .
Justice inconstitutionnelle	Solutions moralement justes non retenues par le constituant. Existe en dehors de la Charte politique. Renforce l'impossibilité pour la Constitution d'embrasser toute justice imaginable.
Sous-représentation à la Constituante de 1988	Seulement 11 personnes noires et 26 femmes parmi les constituants. Compromet le coefficient démocratique du texte. Affaiblit l'argument contre-majoritaire du <i>judicial review</i> .
Coercition lors de l'élaboration de la Constitution	Épisode de l'art. 142, impliquant le Ministre Leonidas et le rapporteur Bernardo Cabral. Vice de consentement jamais prononcé. <i>Lobby</i> militaire publiquement reconnu.
Introduction clandestine de dispositions	Insertions malicieuses sur des sujets tels que la navigation, les entreprises et les capitaux étrangers. Détectées et retirées par le rapporteur lorsqu'il s'en apercevait. Démontre la fragilité éthique de la genèse constitutionnelle.

Suffrage « universel » relativisé	Les conscrits ne sont ni inscriptibles ni éligibles. Les analphabètes ne peuvent être élus. Les condamnés à peine définitive sont suspendus de leurs droits politiques. Universalité purement nominale.
Disproportionnalité de l'art. 243 de la CF/88	Exproprie l'intégralité de la propriété où des drogues illicites sont cultivées. Atteint la famille du condamné. Le Tribunal Suprême Fédéral reconnaît que le constituant originaire peut être disproportionné.
Principe d'acceptation de la Constitution réelle	Reconnaître la Constitution comme un document imparfait. Accepter ses défauts. Traiter les imperfections comme l'objet d'une réforme légitime. Constitue un présupposé démocratique d'une herméneutique mature.

Tableau des précédents

Précédent	Explication
STF, RE 328.232/AM, jugé le 04.04.2005	Cour : Tribunal Suprême Fédéral. Sujet : invocation de l'idée de bonheur comme vecteur herméneutique. <i>Ratio decidendi</i> : le Droit n'existerait pas comme une manière de rendre amère la vie de ses destinataires, mais de la rendre heureuse. Illustre l'infiltration jurisprudentielle du constitutionnalisme idyllique.
STF, ADPF 132/RJ, jugée le 05.05.2011	Cour : Tribunal Suprême Fédéral. Sujet : union homoaffective et idée de bonheur. <i>Ratio decidendi</i> : a réitéré le bonheur comme appui rhétorique pour les issues interprétatives, en répétant la formule du RE 328.232/AM. Renforce la critique selon laquelle le bonheur est une source non autoritative, importée d'un document politique étranger.
STF, ADI n° 815, Rapporteur Min. Moreira Alves, jugée le 28.03.1996	Cour : Tribunal Suprême Fédéral. Rapporteur : Ministre Moreira Alves. Sujet : normes constitutionnelles inconstitutionnelles (Otto Bachof). <i>Ratio decidendi</i> : a expressément rejeté la thèse selon laquelle les normes constitutionnelles originaires pourraient être déclarées invalides pour contradiction avec les principes fondamentaux. Interdit le contrôle de moralité sur l'œuvre du pouvoir constituant originaire.
STF, Plénière, RE 543.974/MG, Rapporteur Min. Eros	Cour : Tribunal Suprême Fédéral (Plénière). Rapporteur : Ministre Eros Grau. Sujet : expropriation pour culture de drogues (art. 243 de la CF/88). <i>Ratio decidendi</i> : la totalité de la propriété décrite dans l'acte de propriété est l'objet de l'expropriation ; il

Grau, jugé le 26.03.2009	n'appartient pas au pouvoir judiciaire de formuler le principe de proportionnalité contre le choix du Pouvoir constituant ; le constituant originaire n'est pas lié par la proportionnalité.
TSE, PA n° 51371, Rapporteur Min. Luiz Fux, jugée le 12.04.2018	Cour : Tribunal Supérieur Électoral. Rapporteur : Ministre Luiz Fux. Sujet : alphabétisation et capacité électorale passive. <i>Ratio decidendi</i> : la réalité multifacettée de la société brésilienne déconseille d'évaluer l'analphabétisme à partir de critères rigides, sous peine, dans les bastions où l'analphabétisme est la règle, de voir la domination politique se perpétuer comme un monopole des élites. Reconnaît le caractère élitiste de la norme.
TSE, RO 060247518, Rapporteur Min. Luís Roberto Barroso, jugé le 18.09.2018	Cour : Tribunal Supérieur Électoral. Rapporteur : Ministre Luís Roberto Barroso. Sujet : validité des <i>tests d'alphabétisation</i> appliqués aux candidats. <i>Ratio decidendi</i> : a reconnu, avec des précautions, la validité des tests controversés - manière stigmatisante et humiliante d'apprécier l'instruction de ceux qui seraient choisis par leurs pairs pour les gouverner. Coexiste avec la sous-représentation politique des analphabètes.

Glossaire pour les lecteurs francophones

Terme brésilien	Explication en français
Constituição Federal de 1988 (CF/88)	Constitution fédérale du Brésil du 5 octobre 1988. Marque la reconstruction de la démocratie après la dictature militaire (1964-1985). Également connue sous le nom de « Charte du Citoyen » (<i>Carta Cidadã</i>).
Supremo Tribunal Federal (STF)	Tribunal Suprême Fédéral du Brésil. Composé de 11 juges (<i>Ministros</i>) nommés par le Président de la République. Cumule les fonctions de Cour constitutionnelle et de juridiction suprême en dernière instance. Fonctionnellement comparable au Conseil constitutionnel français combiné à la Cour de cassation.
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	Cour Supérieure de Justice. Composée de 33 juges. Chargée de l'uniformisation de l'interprétation du droit fédéral non constitutionnel.
Tribunal Superior Eleitoral (TSE)	Tribunal Supérieur Électoral. Plus haute juridiction en matière électorale, composée de 7 juges.

Tribunal Regional Federal (TRF)	Tribunal Régional Fédéral. Juridictions fédérales de seconde instance. Le Brésil compte six TRFs, chacun couvrant une région géographique.
ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade)	Action directe d'inconstitutionnalité. Procédure de contrôle abstrait de constitutionnalité devant le STF.
ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)	Allégation de manquement à un précepte fondamental. Procédure subsidiaire de contrôle constitutionnel.
RE (Recurso Extraordinário)	Recours extraordinaire. Voie de recours qui dénonce les violations constitutionnelles commises par les juridictions inférieures, devant le STF.
Conscritos	Conscrits : hommes accomplissant leur année de service militaire obligatoire. Pendant cette période, ils ne sont ni électeurs ni éligibles (art. 14, §§ 2 et 4 de la CF/88).
Jus honorum	Latin : capacité électorale passive (droit d'être élu).
<i>Non omne quod licet honestum est</i>	Maxime latine : « Tout ce qui est licite n'est pas honnête. »
Poder Constituinte Originário	Pouvoir constituant originaire. Souverain et illimité dans la doctrine brésilienne dominante.
Mutação Constitucional	Mutation constitutionnelle. Changement silencieux du sens du texte constitutionnel sans réforme formelle, par évolution interprétative.
Súmula	Jurisprudence consolidée d'une cour supérieure sous forme synthétique.
Súmula Vinculante	<i>Súmula</i> contraignante du STF, obligatoire pour l'ensemble du pouvoir judiciaire et de l'administration publique.
<i>Ratio decidendi</i>	Latin : motif déterminant d'un précédent, issu de la tradition de la <i>common law</i> .

Références

AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus**. 7e éd. Traduction d'Oscar Paes Lemes. Rio de Janeiro : Vozes, 2002.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2009.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. Ministério da Cultura, Fundação Biblioteca Nacional, 1881.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais ?** Coïmbre : Almedina, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade Humana no Direito Constitucional Contemporâneo** : a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte : Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23e éd. São Paulo : Malheiros, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988 : Segredos da Constituinte** : os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro : Record, 2017.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here ?** Principles for a New Political Debate. Princeton : Princeton University Press, 2006.

FONTELES, Samuel Sales. **Constitucionalismo idílico**. In : RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves ; TOFFOLI, Dias ; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coord.). **Estado, Direito e Democracia** : estudos em homenagem ao Prof. Dr. Augusto Aras. Belo Horizonte : Fórum, 2021. p. 411-427.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. 4e éd. Salvador : Juspodivm, 2021.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 4e éd. Salvador : Juspodivm, 2021.

FREUD, Sigmund. **Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916)**. In : Obras Completas, volume 12. Traduction de Paulo César de Souza. São Paulo : Companhia das Letras, 2010.

FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão**. Porto Alegre : L&PM Pocket, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 3e éd. Petrópolis : Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes** : a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8e éd. São Paulo : Malheiros, 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. American Jurisprudence Through English Eyes : The Nightmare and the Noble Dream. **Georgia Law Review**, vol. 11, nº 5, p. 969-989, sept. 1977.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaios Sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro : Elsevier, Campus, 2010.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 5e éd. São Paulo : Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6e éd. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Coïmbre : Almedina, 2006.

PLATÃO. **A República**. 3e éd. São Paulo : Edipro, 2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisbonne : Presença, 1993.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27e éd. São Paulo : Saraiva, 2004.

ROCHA, Zeferino. O Papel da Ilusão na Psicanálise Freudiana. **Ágora** : Estudos em Teoria Psicanalítica, Rio de Janeiro, vol. 15, nº 2, p. 259-271, juil./déc. 2012.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation** : Federal Courts and the Law. New Jersey : Princeton University Press, 1997.

SEIDMAN, Louis Michael. **On Constitutional Disobedience**. Oxford : Oxford University Press, 2012.

SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. Coïmbre : Almedina, 2010.

TUSHNET, Mark. **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**. Northampton : Edward Elgar, 2014.