

LE DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI À LA COUR SUPRÊME FÉDÉRALE BRÉSILIENNE

UNE ANALYSE CRITIQUE DE LA PRATIQUE CONTEMPORAINE DU SUPRÊME TRIBUNAL FÉDÉRAL BRÉSILIEN

Murillo Gutier

Récit introductif : la salle d'attente et les trois visiteurs	2
1. Le point de départ : vigilance constitutionnelle, non hostilité institutionnelle	3
1.1. Ni haine du STF ni défense du putschisme	3
1.2. La tâche du pénaliste : nommer les mobilisations dogmatiques	4
1.3. Le paradoxe de la démocratie militante	5
2. La théorie de Günther Jakobs : architecture conceptuelle du droit pénal de l'ennemi	5
2.1. La polarisation interne du système pénal et la typologie duale	5
2.2. La double fonction de la peine : contradiction et neutralisation	6
2.3. Les racines philosophico-juridiques : de Rousseau à Kant	6
2.4. Les trois piliers structurels du droit pénal de l'ennemi	7
2.5. Personnalité réelle et garantie cognitive	8
3. La critique zaffaronienne : l'ennemi comme survivance absolutiste	8
3.1. L'hypothèse générale : le pouvoir pénal a toujours discriminé	8
3.2. L'inaptitude de la tactique statique de Jakobs	8
3.3. Il n'existe pas de notions limitées de l'ennemi	9
3.4. La rupture inévitable de l'État de droit	9
3.5. La dialectique entre État de droit et État policier	10
4. La sélectivité structurelle du système pénal : la thèse d' <i>Em busca das penas perdidas</i>	11
4.1. L'irréalisabilité de la légalité procédurale programmée	11
4.2. La délégitimation du système pénal : cinq axes	11
4.3. Le pénaliste comme invisibilisateur de la violence systémique	12
5. L'héritage national-socialiste : des structures dogmatiques qui survivent	12
5.1. L'hypothèse de continuité dogmatique	12
5.2. La <i>Volksgemeinschaft</i> et le bien juridique diffus	12
5.3. Le <i>Willensstrafrecht</i> et le droit pénal de la volonté	13
5.4. Le <i>gesundes Volksempfinden</i> et la destruction de la légalité	13
5.5. Le <i>Volksgerichtshof</i> : la juridiction spéciale concentrée	14
5.6. L' <i>Unternehmen</i> et l'assimilation de la tentative à la consommation	14
6. La pratique du STF brésilien à la lumière des trois perspectives	15
6.1. Le panorama des précédents pertinents	15
6.2. Les symptômes du paradigme jakobsien : les trois piliers structurels	15
6.3. La sélectivité structurelle sous le regard zaffaronien	16
6.4. Les homologues avec le droit pénal national-socialiste	16
6.5. La différence essentielle : degré, non structure	18
7. Réponses motivées aux trois questions centrales	18

7.1. Le STF brésilien a-t-il adopté le modèle jakobsien du droit pénal de l'ennemi ? _____	18
7.2. Le STF a-t-il adopté le modèle de sélectivité dénoncé par Zaffaroni ? _____	19
7.3. Le STF a-t-il recouru à des pratiques relevant du « droit pénal national-socialiste » exposé par Zaffaroni ? _____	20
Logique du thème : synthèse consolidée _____	21
• Tableau synoptique _____	22

Récit introductif : la salle d'attente et les trois visiteurs

Imaginons une vaste salle, au plafond élevé, aux murs clairs, avec des fenêtres ouvertes sur un matin indécis entre le soleil et la pluie. Au centre de la salle se trouvent trois chaises disposées en demi-cercle, tournées vers une table sobre. Sur cette table reposent trois livres aux couvertures différentes : l'un, rédigé en allemand, porte le nom de Günther Jakobs, professeur à Bonn ; un autre, en langue espagnole, porte la signature d'Eugenio Raúl Zaffaroni, juge à la Cour suprême argentine ; le troisième, également de Zaffaroni, traite des années sombres de l'Allemagne entre 1933 et 1945. Chacun de ces ouvrages incarne, à sa manière, une perspective propre sur un même phénomène : le pouvoir pénal de l'État et ses limites face à ceux que l'ordre juridique qualifie de menace.

Dans le premier ouvrage, Jakobs décrit une scission interne du droit pénal contemporain : d'une part, le droit pénal du citoyen, orienté vers la réaffirmation symbolique de la norme à l'égard de l'auteur en tant que personne ; d'autre part, le **droit pénal de l'ennemi**, orienté vers la neutralisation factuelle des dangers provenant de sujets qui refusent obstinément d'offrir une garantie cognitive minimale de comportement conforme au droit. Pour Jakobs, ces deux pôles peuvent légitimement coexister au sein d'un même ordre juridique, pourvu qu'ils soient clairement délimités ; le problème naîtrait, selon lui, lorsque les frontières s'estompent et que le **droit pénal de l'ennemi** contamine l'ordre juridique dans son ensemble (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 21-49).

Dans le deuxième ouvrage, Zaffaroni s'oppose avec la plus grande fermeté à cette conception. Pour le juriste argentin, la catégorie juridique de l'ennemi dans le droit pénal ordinaire est radicalement incompatible avec l'État constitutionnel de droit, car elle appartient ontologiquement à l'État absolu. Toute reconnaissance de cette catégorie, même partielle et bien intentionnée, marquerait le début d'une érosion des garanties fondamentales ; la tactique de confinement proposée par Jakobs — enfermer le **droit pénal de l'ennemi** dans un compartiment hermétique — serait « le médicament qui tue le patient », parce qu'elle méconnaît la dynamique expansive du pouvoir. Dans l'État de droit réel, il existe toujours un État policier encapsulé, qui cherche constamment à se libérer ; et la question pénale constitue le mur le plus fragile de ce dispositif de contention (V. Zaffaroni, 2007a, p. 144-146).

Dans le troisième ouvrage, Zaffaroni plonge dans les entrailles historiques du **droit pénal de l'ennemi** porté à son paroxysme : la dogmatique pénale allemande entre 1933 et 1945. La **Volksgemeinschaft** y fut érigée en bien juridique suprême ; le **Willensstrafrecht** déplaça l'imputation des actes extérieurs vers l'attitude intérieure de l'auteur ; le **gesundes**

Volksempfinden remplaça la stricte légalité ; le **Tätertyp** attacha des conséquences pénales à l'appartenance identitaire ; le **Volksgerechtshof** prononça, en trois ans, plus de cinq mille condamnations à mort sous la présidence du « bouffon-bourreau » Roland Freisler. Tout cela, avertit Zaffaroni, fut soutenu par des constructions dogmatiques techniquement sophistiquées, élaborées par des juristes qui, pour la plupart, agissaient avec une authentique conviction subjective (V. Zaffaroni, 2019, p. 88-94, 191-225).

Imaginons maintenant que la salle se remplisse de bruits venus de l'extérieur : les journaux télévisés répétant sans cesse les images de l'assaut contre les bâtiments des trois pouvoirs le 8 janvier 2023 ; les titres annonçant de nouvelles décisions dans l'Inquérito 4.781, la célèbre enquête dite des « Fake News » ; des condamnations dépassant dix-sept ans d'emprisonnement contre les envahisseurs des sièges du pouvoir ; l'issue de l'AP 2668, dans laquelle, le 11 septembre 2025, l'ancien président de la République et sept autres accusés du « noyau décisif » de la prétendue conspiration putschiste furent condamnés. Les trois perspectives présentes dans la salle — celle de Jakobs, celle de Zaffaroni et celle de Zaffaroni historien du national-socialisme — offrent, chacune à sa manière, des clefs analytiques distinctes pour examiner ce qui se déroule au dehors.

La question directrice de cette étude est donc simple dans sa formulation, mais complexe dans ses ramifications : la pratique contemporaine du **Supremo Tribunal Federal** brésilien peut-elle être lue comme une application du modèle jakobsien du **droit pénal de l'ennemi** ? Reproduit-elle la sélectivité structurelle dénoncée par Zaffaroni ? Présente-t-elle des affinités dogmatiques avec les constructions pénales national-socialistes reconstruites par le juriste argentin ? Avant de répondre à ces trois questions, il convient de déterminer le lieu d'où procède l'analyse, de parcourir les trois perspectives théoriques dans leur architecture conceptuelle et de les appliquer de manière critique aux principaux précédents du STF de ces dernières années.

1. Le point de départ : vigilance constitutionnelle, non hostilité institutionnelle

1.1. Ni haine du STF ni défense du putschisme

La lecture présentée dans les pages qui suivent est délibérément sévère — et cette sévérité doit être comprise dans sa nature propre, afin d'éviter que des lectures hâtives ne la transforment en ce qu'elle n'est pas. Il ne s'agit ni de haine envers le **Supremo Tribunal Federal** en tant qu'institution, ni d'hostilité personnelle envers ses juges, et encore moins d'une défense, même voilée, des actes antidémocratiques du 8 janvier 2023 ou de la prétendue conspiration putschiste examinée dans l'AP 2668. De telles simplifications caricaturales appauvrissent le débat juridique et déshonorent la tradition garantiste qu'Eugenio Raúl Zaffaroni incarne dans toute son ampleur latino-américaine.

L'avertissement zaffaronien opère sur un plan fondamentalement différent : il relève d'une stricte **vigilance constitutionnelle**, exercée avec la froideur analytique qu'exige l'ampleur des risques systémiques. Zaffaroni, juge pendant près d'une décennie à la Cour

suprême argentine et juge à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, n'a jamais défendu les putschistes, les terroristes ou les criminels hautement dangereux. Son parcours personnel — marqué par la persécution sous la dictature argentine et par l'engagement en faveur des droits de l'homme — rend tout simplement impossible toute lecture conservatrice ou apologétique de son œuvre (V. Zaffaroni, 2001, p. xvii-xviii).

Ce qui est proposé est un exercice méthodiquement exigeant : examiner les structures dogmatiques mobilisées par les organes du pouvoir pénal — quelles qu'elles soient, dans quelque contexte historique ou idéologique que ce soit — et nommer leurs affinités généalogiques. Cet exercice ne suppose aucun jugement de valeur sur les acteurs qui mobilisent ces structures ; il consiste en une constatation technique relative aux instruments conceptuels utilisés. Un chirurgien peut constater avec impartialité que deux scalpels différents ont été fabriqués par la même industrie, même si l'un est utilisé pour guérir et l'autre pour mutiler — et cette constatation technique n'implique pas d'assimiler moralement le chirurgien au tortionnaire (V. Zaffaroni, 2007a, p. 5-7).

1.2. La tâche du pénaliste : nommer les mobilisations dogmatiques

Lorsqu'une juridiction démocratique, même animée de la plus sincère bonne foi institutionnelle, mobilise des structures dogmatiques à généalogie autoritaire, la tâche du pénaliste engagé envers l'État constitutionnel de droit, dans une clef zaffaronienne, consiste à **nommer** cette mobilisation. Nommer signifie : identifier techniquement l'origine conceptuelle des outils employés, retracer leur lignée dogmatique, exposer leurs affinités structurelles avec des traditions problématiques et avertir des risques systémiques de long terme que cette mobilisation entraîne. Ce travail n'est pas une attaque, mais un diagnostic — une fonction intellectuelle qui incombe au juriste dans l'espace public (V. Zaffaroni, 2019, p. 22-26).

La bonne foi des juges est, à cet égard, pratiquement indifférente pour le jugement zaffaronien. Comme le juriste argentin le démontre abondamment dans **Doutrina penal nazista**, la majorité des pénalistes allemands du Troisième Reich agissaient avec une authentique conviction subjective : ils croyaient défendre la **Volksgemeinschaft**, la santé du peuple, l'intégrité de la communauté. Edmund Mezger, Georg Dahm, Friedrich Schaffstein, Karl Larenz lui-même et d'autres n'étaient pas des monstres sadiques ; ils étaient des juristes techniquement qualifiés, porteurs de convictions axiologiques qu'ils estimaient justes. C'est précisément la sophistication technique liée à la bonne foi subjective — et non un sadisme cynique — qui rendit la dogmatique national-socialiste historiquement si dévastatrice (V. Zaffaroni, 2019, p. 27-28, 144-148).

La leçon méthodologique est décisive : la bonne foi institutionnelle ne neutralise pas la structure autoritaire de la dogmatique mobilisée. Un juge peut être sincèrement convaincu de défendre la démocratie lorsqu'il applique des éléments du **Willensstrafrecht** contre des putschistes, de l'**analogia in malam partem** contre des autoritaires, du **Tätertyp** contre des antidémocrates. Une telle conviction subjective est, en elle-même, respectable ; elle n'annule toutefois pas les effets systémiques des structures mobilisées, lesquelles possèdent une dynamique expansive propre, échappent au contrôle des acteurs qui les introduisent et

tendent — en raison de la nature dialectique de l'État policier encapsulé — à s'étendre ultérieurement à des usages imprévus (V. Zaffaroni, 2007a, p. 144-146).

1.3. Le paradoxe de la démocratie militante

Le cœur de l'avertissement zaffaronien — et ce qui rend son œuvre inconfortable pour tous les camps politiques — réside dans une formule en apparence simple, mais dialectiquement dévastatrice : la démocratie qui se défend en renonçant aux principes de l'État de droit cesse progressivement d'être la démocratie que l'on prétendait défendre. Le paradoxe est structurel : plus l'ordre juridique mobilise des outils autoritaires pour combattre l'autoritarisme, plus il devient lui-même autoritaire, même lorsqu'il conserve le langage de la démocratie. Le médicament, dans la métaphore zaffaronienne, finit par tuer le patient qu'il devait guérir (V. Zaffaroni, 2007a, p. 144-146).

Cet avertissement frappe frontalement tous les camps politiques, car il dérange les récits traditionnels de chacun. Au camp conservateur — qui tend à voir dans le STF un acteur de l'activisme punitif sélectif — Zaffaroni refuse toute lecture corporatiste ou moraliste et situe le problème sur un plan structurel et démocratique. Au camp progressiste — qui tend à voir dans le STF le dernier rempart institutionnel contre l'autoritarisme — Zaffaroni refuse toute complicité avec l'expansion punitive lorsqu'elle atteint les « bons ennemis » et rappelle que le renoncement au **garantisme** n'est jamais sélectif dans ses effets de long terme (V. Zaffaroni, 2001, p. 22-30 ; Zaffaroni, 2007a, p. 132-141).

L'histoire latino-américaine fonctionne, dans l'œuvre zaffaronienne, comme un **memento** opératoire permanent. La doctrine de la sécurité nationale des années 1970, qui ouvrit la voie aux dictatures en Argentine, au Chili, au Brésil et en Uruguay, commença précisément ainsi : comme une nécessité institutionnelle exceptionnelle destinée à défendre la démocratie contre de « graves menaces ». Les juristes qui la conçurent n'étaient pas, pour la plupart, des fascistes déclarés ; ils étaient des techniciens préoccupés par l'avancée du communisme, le désordre urbain, le terrorisme de gauche. Leurs constructions étaient, selon leurs propres termes, défensives, limitées, exceptionnelles. L'histoire a montré ce qu'elles sont devenues, et la leçon coûta des dizaines de milliers de morts, de disparus et de torturés (V. Zaffaroni, 2001, p. xvii-xviii ; Zaffaroni, 2007a, p. 7-8).

2. La théorie de Günther Jakobs : architecture conceptuelle du droit pénal de l'ennemi

2.1. La polarisation interne du système pénal et la typologie duale

Imaginons la scène suivante : une personne pénètre dans le siège de l'un des pouvoirs de la République, dégrade des œuvres d'art publiques et lance des slogans en faveur du renversement du gouvernement élu. Une autre personne, de manière moins spectaculaire, publie sur les réseaux sociaux des insultes contre un juge d'une cour suprême. Toutes deux sont, en principe, des personnes ; toutes deux devraient, en principe, être traitées comme des citoyens. La question est de savoir si l'ordre pénal leur apporte la même réponse. Günther

Jakobs affirme le contraire — et c'est précisément cette asymétrie que l'auteur cherche à nommer (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 21).

La distinction entre droit pénal du citoyen et **droit pénal de l'ennemi** ne vise pas à diviser l'ordre juridique en deux branches isolées, mais à décrire deux pôles idéaux d'une même réalité pénale. Ces types idéaux apparaissent rarement à l'état pur : le terroriste le plus éloigné de la sphère citoyenne conserve au moins formellement les droits de l'accusé, tandis que l'infraction la plus banale comporte déjà une défense anticipée contre des risques futurs. Il s'agit donc de deux tendances opposées, qui coexistent dans un même contexte pénal et tendent fortement à se superposer (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 21-22).

Une précision fondamentale s'impose encore : l'expression **droit pénal de l'ennemi** n'a pas, chez Jakobs, une signification nécessairement péjorative. Elle fonctionne comme un outil descriptif permettant d'identifier les secteurs normatifs dans lesquels l'ordre juridique abandonne le paradigme communicationnel — qui réaffirme la validité de la norme à l'égard de l'auteur en tant que personne — et adopte le paradigme de la neutralisation factuelle des dangers. La notion est donc un instrument diagnostique, même si ses implications politico-criminelles sont évidentes (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 22 ; Cancio Meliá, 2007, p. 53-54).

2.2. La double fonction de la peine : contradiction et neutralisation

Pensons au délinquant ordinaire — celui qui vole une voiture, agresse son voisin ou commet un homicide passionnel. Lorsque l'ordre juridique lui inflige une peine, il ne combat pas une menace future ; il **contredit** plutôt, de manière communicationnelle, l'acte commis et réaffirme la validité de la norme niée par le comportement. Dans cette logique, l'acte délictueux est traité comme l'acte d'une personne rationnelle, porteuse de signification, et la peine répond à cette signification en maintenant la configuration sociale en vigueur (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 22).

Lorsque l'ordre juridique rencontre toutefois des sujets qui se comportent de manière fondamentalement et durablement déviante — terroristes, trafiquants de drogue, membres d'organisations criminelles stables — le paradigme change. Ici, la peine ne vise plus à signifier quelque chose : elle doit être physiquement efficace dans le cadre d'une lutte contre un danger. Il ne s'agit plus de communiquer avec une personne, mais de combattre l'individu dangereux, compris comme source de menace. Le passage de la peine privative de liberté à la mesure de sûreté illustre clairement cette inflexion : tandis que la première regarde rétrospectivement l'acte passé, la seconde se tourne vers l'avenir et neutralise une « inclination à commettre des infractions graves » (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 22-23).

2.3. Les racines philosophico-juridiques : de Rousseau à Kant

Avant Jakobs, l'histoire de la pensée juridique avait déjà expérimenté la thèse selon laquelle l'auteur d'une infraction, en rompant le contrat social, perd sa qualité de citoyen. Rousseau affirme, dans le **Contrat social**, que tout « malfaiteur » qui attaque le « droit social » cesse d'être membre de l'État et se trouve en guerre avec lui. Fichte suit une direction analogue

: celui qui abandonne le contrat civil « perd tous ses droits comme citoyen et comme homme » et devient une simple chose, « une tête de bétail ». Jakobs rejette cependant cette conception radicale comme « trop abstraite » — car l'ordre juridique devrait maintenir le criminel à l'intérieur du droit (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 25-26).

Thomas Hobbes offre, en revanche, une position plus nuancée. Pour le philosophe du **Léviathan**, le délinquant ordinaire demeure en principe dans la fonction de citoyen. Il en va différemment en cas de rébellion ou de haute trahison — situations dans lesquelles le crime constitue une « résiliation de la soumission », un véritable retour à l'état de nature. Dans de tels cas, selon Hobbes, les auteurs seraient punis « non comme sujets, mais comme ennemis ». Emmanuel Kant formule, dans **Vers la paix perpétuelle**, une thèse complémentaire : celui qui refuse d'entrer dans un « état juridico-civil » et menace constamment ses voisins par l'illégalité de son état — **statu iniusto** — peut être traité, sinon comme une personne, du moins « comme un ennemi » (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 27-29).

2.4. Les trois piliers structurels du droit pénal de l'ennemi

La construction jakobsienne repose sur trois piliers structurels. Le premier est l'anticipation extensive de la punissabilité : lorsque l'ordre juridique rencontre « l'ennemi », la punissabilité ne prend plus pour point de référence l'acte commis, mais l'acte futur. La perspective n'est plus rétrospective, mais prospective : la préparation, la constitution d'une association, la participation périphérique sont déjà criminalisées avant même que le résultat dommageable ne se matérialise. Au dommage actuel porté à la validité de la norme se substitue le danger de dommages futurs — réglementation typique du **droit pénal de l'ennemi** (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 35-37).

Le deuxième pilier est la disproportion des peines encourues : bien que le seuil de punissabilité soit avancé — ce qui devrait, en principe, justifier une peine réduite —, l'ordre juridique de l'ennemi ne procède pas à cette réduction proportionnelle ; au contraire, il menace de peines élevées et assimile, en pratique, les actes préparatoires aux infractions consommées. Ce trait rompt avec la logique classique du principe de proportionnalité qui structure le droit pénal du citoyen. Face à l'ennemi, la peine perd son caractère rétributif et communicationnel pour assumer une fonction de combat, proche d'une mesure de sûreté maximisée (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 38 ; Cancio Meliá, 2007, p. 70-71).

Le troisième pilier se situe sur le plan procédural : les garanties classiques du procès équitable sont assouplies ou supprimées — détention provisoire élargie, interceptions secrètes des télécommunications, recours à des agents infiltrés, détention au secret, secret absolu. L'accusé n'est plus traité principalement comme un sujet procédural, mais comme une source de risque contre laquelle il convient d'agir par contrainte physique. Il s'agit, au fond, de l'apparition d'un état d'exception sous les apparences de la normalité constitutionnelle (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 39-41).

2.5. Personnalité réelle et garantie cognitive

La thèse centrale de Jakobs est structurelle : aucun contexte normatif — pas même le droit — ne vaut par lui-même. Pour que la validité de la norme soit réelle et non simplement postulée, il faut que le comportement des destinataires confirme cognitivement, dans ses aspects essentiels, l'attente normative. Sans sécurité cognitive minimale, « la validité de la norme s'effrite et devient une promesse vide » (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 31-33).

Il en découle la thèse la plus controversée : n'est pleinement une personne que celui qui offre une garantie cognitive suffisante de comportement personnel. Celui qui, fondamentalement, ne fournit pas une telle garantie — celui qui se comporte durablement de manière déviante — ne peut être traité comme citoyen sans que soit violé le droit à la sécurité des autres personnes. La personnalité est certes une construction normative, mais elle requiert une consolidation cognitive pour être réelle (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 34, 45). C'est précisément cette thèse que Zaffaroni attaquera avec vigueur, comme on le verra ci-après.

3. La critique zaffaronienne : l'ennemi comme survivance absolutiste

3.1. L'hypothèse générale : le pouvoir pénal a toujours discriminé

Imaginons maintenant la scène à travers le regard du pénaliste argentin : tout au long de l'histoire, le pouvoir pénal a discriminé des êtres humains et leur a réservé un traitement incompatible avec leur qualité de personnes, en les considérant seulement comme des êtres dangereux ou nuisibles. De la Rome impériale à l'Inquisition, du biologisme raciste néocolonial à la doctrine latino-américaine de la sécurité nationale, des « infidèles » aux « subversifs », des « fous » aux « terroristes », il y a toujours eu, dans le discours pénal, une catégorie d'êtres humains auxquels la qualité de personne fut refusée (V. Zaffaroni, 2007a, p. 11-12).

L'hypothèse centrale d'Eugenio Raúl Zaffaroni est beaucoup plus radicale que la lecture jakobsienne : le traitement différencié réservé à des êtres humains dépersonnalisés est un trait essentiel de l'État absolu, lequel, par nature, ne connaît pas de degrés ; il est donc incompatible avec la théorie politique de l'État constitutionnel de droit. Il existe ainsi une contradiction permanente entre la doctrine pénale qui admet et légitime la notion d'ennemi et les principes constitutionnels et internationaux de l'État de droit (V. Zaffaroni, 2007a, p. 12).

La catégorie juridique de l'ennemi dans le droit ordinaire — qu'il soit pénal ou qu'il relève d'une autre branche — d'un État constitutionnel de droit est, pour Zaffaroni, tout simplement inadmissible. Une telle catégorie n'est admissible que dans les dispositions du droit de la guerre et sous les limites que le droit international humanitaire des droits de l'homme lui impose — Conventions de Genève —, car même celui-ci ne retire pas à l'ennemi combattant sa qualité de personne (V. Zaffaroni, 2007a, p. 13).

3.2. L'inaptitude de la tactique statique de Jakobs

S'agissant spécialement de Jakobs, Zaffaroni lui reconnaît deux mérites et formule une objection dévastatrice. Le premier mérite est terminologique : en employant ouvertement le mot « ennemi », Jakobs a dévoilé le phénomène que toute la tradition doctrinale pénale, de

Garofalo à Welzel, avait toujours dissimulé sous des rationalisations technocratiques — mesures de sûreté, dangerosité, défense sociale. Le second mérite est diagnostique : il identifie correctement une réalité législative expansive (V. Zaffaroni, 2007a, p. 136-137).

L'objection, toutefois, est radicale : la tactique de confinement proposée par Jakobs — enfermer le **droit pénal de l'ennemi** dans un compartiment hermétique pour empêcher qu'il ne contamine l'ensemble de l'ordre juridique — est inapte et produit des effets paradoxaux. Entre Parménide et Héraclite, observe Zaffaroni avec acuité, Jakobs choisit Parménide ; il prend une photographie statique de la réalité alors qu'il devrait utiliser une caméra. Dans le pouvoir, tout s'écoule : tout espace concédé à l'État policier est utilisé par celui-ci pour s'étendre jusqu'à l'État absolu (V. Zaffaroni, 2007a, p. 144-145).

La métaphore est implacable : la tactique de confinement jakobsienne est « le médicament qui tue le patient ». En légitimant partiellement le **droit pénal de l'ennemi** afin d'éviter sa généralisation, Jakobs finit par renoncer au modèle idéal de l'État de droit comme élément d'orientation et laisse désarmée la puissance juridique de contention. Le résultat pratique est exactement inverse à celui recherché : la confusion entre État de droit et État policier progresse sans entrave (V. Zaffaroni, 2007a, p. 145-146).

3.3. Il n'existe pas de notions limitées de l'ennemi

On pourrait objecter que l'ennemi chez Jakobs est plus limité que le **hostis** romain ou que la notion schmittienne : la qualité de personne ne serait retirée que « dans la stricte mesure de la nécessité ». Zaffaroni répond avec une clarté destructrice : une telle limitation est logiquement impossible, car, pour les théoriciens — et surtout pour les praticiens — de l'exception, celle-ci invoque toujours une nécessité qui ne connaît ni loi ni limites (V. Zaffaroni, 2007a, p. 139).

Puisque personne ne peut prédire exactement ce qu'un autre fera à l'avenir, l'incertitude du futur maintient le jugement de dangerosité indéfiniment ouvert, jusqu'à ce que celui qui décide cesse de considérer le sujet comme ennemi. Le degré de dépersonnalisation de l'ennemi dépend toujours, dans la mesure permise par le pouvoir réel, du jugement subjectif de l'individualisateur. Les détenus de Guantánamo constituent, pour Zaffaroni, un exemple frappant de la perte des limites promises (V. Zaffaroni, 2007a, p. 140).

La conséquence est décisive : la distinction entre citoyens — personnes — et ennemis — non-personnes — n'est pas une invention arbitraire de Jakobs, mais la conséquence nécessaire de toute reconnaissance de mesures fondées sur la dangerosité. Tout le droit pénal du XXe siècle, en admettant que certains êtres humains sont dangereux et doivent donc être isolés ou éliminés, les a réifiés sans le dire, ne les a plus considérés comme des personnes et a dissimulé ce fait sous des rationalisations. Le scandale devrait donc viser toute cette tradition, et non seulement Jakobs (V. Zaffaroni, 2007a, p. 140).

3.4. La rupture inévitable de l'État de droit

La proposition de Jakobs, même si elle ne part pas de Carl Schmitt, glisse insensiblement vers sa logique. Lorsqu'on affirme qu'il s'agit de cas exceptionnels dans lesquels l'État de droit

doit remplir sa fonction de protection et se trouve légitimé par la nécessité — de sorte qu'on ne pourrait opposer à cette nécessité des obstacles tirés d'une « notion abstraite de l'État de droit » —, on présuppose que quelqu'un doit juger de cette nécessité, et ce quelqu'un ne peut être que le souverain dans un sens analogue à celui de Schmitt (V. Zaffaroni, 2007a, p. 141).

À Schmitt, il faut opposer son option réactionnaire pour l'État absolu ; à Jakobs, il faut reprocher l'introduction d'éléments de l'État absolu dans l'État de droit, sans voir qu'il le fait implorer. Schmitt est cohérent dans son option décisionniste pour l'État absolu ; Jakobs ne l'est pas dans le maintien de son option pour l'État constitutionnel de droit, car sa tactique de confinement est non seulement inefficace, mais aussi génératrice d'effets paradoxaux : une fois reconnue, la notion d'ennemi n'admet pas de limites stables ; pas davantage l'État dans le droit duquel cette notion est introduite (V. Zaffaroni, 2007a, p. 138).

La reconnaissance juridique de la notion d'ennemi dans le droit — lorsqu'il ne s'agit pas strictement du droit de la guerre — a toujours été, logiquement et historiquement, le germe ou le premier symptôme de la destruction autoritaire de l'État de droit, car il ne s'agit que d'une question quantitative, et non qualitative, de pouvoir. Le pouvoir du souverain demeure ouvert et incité à croître de manière incrémentale dès que l'existence d'un ennemi qui n'est pas une personne est reconnue (V. Zaffaroni, 2007a, p. 133).

3.5. La dialectique entre État de droit et État policier

Pour Zaffaroni, tout État de droit historique ou réel consiste essentiellement dans la contention d'un État policier qui vit encapsulé en son sein et pousse constamment pour se libérer. Les États de droit ne sont pas des monolithes, mais le résultat de luttes séculaires contre le pouvoir absolu — des corsets ou des armures de contention qui, à des degrés divers, parviennent à retenir l'impulsion autoritaire. L'État policier ne cesse toutefois jamais de pousser pour franchir et briser ces barrières, et la question pénale constitue le terrain privilégié de ces pulsions, car elle est le mur le plus fragile de tout État de droit (V. Zaffaroni, 2007a, p. 146-147).

Il en découle la fonction politique centrale du pénaliste selon Zaffaroni : être un agent de contention de l'État policier. Le modèle idéal de l'État de droit — celui dans lequel tous sont également soumis à la loi — ne se réalise jamais pleinement dans le monde, mais il sert de lumière directrice indispensable au perfectionnement des États de droit réels. Renoncer au modèle idéal sous prétexte de son caractère « abstrait » revient à désarmer la puissance juridique de contention et à abandonner le patient au médicament qui le tue (V. Zaffaroni, 2007a, p. 145-146).

Cette dialectique est particulièrement significative pour l'Amérique latine : là où les États de droit réels sont déjà fragiles — polices corrompues, justice faiblement indépendante, large exclusion sociale, faibles traditions démocratiques —, une même mesure normative peut constituer une violation très grave des droits humains fondamentaux, alors que la même mesure, dans un contexte institutionnel consolidé, produirait une violation de moindre intensité (V. Zaffaroni, 2007a, p. 133-134).

4. La sélectivité structurelle du système pénal : la thèse d'*Em busca das penas perdidas*

4.1. L'irréalisabilité de la légalité procédurale programmée

Dans son ouvrage fondateur **Em busca das penas perdidas** (1989/2001), Zaffaroni a démontré que le système pénal latino-américain opère de manière structurellement sélective, verticale et arbitraire, frappant principalement les couches vulnérables de la population. La légalité procédurale programmée par le discours pénal ne peut jamais être réalisée, car sa réalisation exigerait de criminaliser plusieurs fois l'ensemble de la population — ce qui provoquerait une catastrophe sociale. Si tous les vols, tous les adultères, tous les avortements, toutes les malversations, toutes les falsifications, toutes les corruptions, toutes les violences corporelles et toutes les menaces étaient effectivement criminalisés, il n'y aurait pratiquement aucun habitant qui ne serait pas criminalisé plusieurs fois (V. Zaffaroni, 2001, p. 26-27).

Face à cette hypothèse absurde et indésirable d'une criminalisation répétée de toute la population, il devient évident que le système pénal est structurellement organisé de telle sorte que la légalité procédurale ne fonctionne pas ; il exerce au contraire son pouvoir avec un degré maximal de sélectivité arbitraire, laquelle se dirige naturellement contre les couches vulnérables. Cette sélection est le produit d'un exercice du pouvoir également concentré entre les mains des organes exécutifs. Le système « formel » n'est que l'annexe justificatrice de l'exercice réel du pouvoir, qui se déroule en marge de la légalité (V. Zaffaroni, 2001, p. 27).

4.2. La délégitimation du système pénal : cinq axes

La délégitimation du système pénal s'opère, selon Zaffaroni, à travers une série de facteurs articulés. Premièrement : son incapacité à protéger efficacement les biens juridiques — le système pénal réel n'intervient que dans une fraction minime des comportements abstraitement criminalisés. Deuxièmement : sa sélectivité structurelle, orientée vers la criminalisation des vulnérables et l'immunisation des puissants — il opère de préférence contre les couches démunies et contre les « dissidents gênants ». Troisièmement : la létalité réelle du système, qui tue dans les prisons, dans les « autos de résistance », par l'inertie procédurale, par la négligence — dans un volume de morts qui s'approche ou dépasse les homicides de « l'initiative privée » (V. Zaffaroni, 2001, p. 24-26, 38-39).

Quatrièmement : la fausseté de la légalité procédurale proclamée — car, comme il a été démontré, la structure du système fait que la légalité procédurale ne peut jamais être respectée. Cinquièmement : le caractère disciplinaire et configurateur — et non seulement répressif — du pouvoir pénal, qui opère de manière dissimulée et empêche qu'il soit perçu à un niveau conscient. Pour Zaffaroni, le discours pénal fonctionne comme une rationalisation idéologique de cette réalité brutale : en présentant l'exercice du pouvoir du système comme s'il s'épuisait dans le minuscule segment « formel », on dissimule l'exercice réel, massif, sélectif et létal du pouvoir pénal (V. Zaffaroni, 2001, p. 24-25).

4.3. Le pénaliste comme invisibilisateur de la violence systémique

Pour Zaffaroni, le pénaliste qui se limite à la dogmatique abstraite est, même sans le savoir, un acteur de l'invisibilisation de la violence systémique du pouvoir pénal. Sa prétendue neutralité technique est en réalité une légitimation idéologique de l'état existant. La fonction politique du juriste engagé envers l'État constitutionnel de droit consiste, au contraire, à dénoncer la délégitimation du système pénal et à travailler à la réduction du pouvoir pénal — jamais à son expansion (V. Zaffaroni, 2001, p. 29-31).

La sélectivité n'est pas un défaut conjoncturel du système pénal qui pourrait être corrigé par des réformes ponctuelles ; elle en est un trait structurel et irréductible. La question pénale est donc l'espace privilégié de la dialectique entre État de droit et État policier : toute expansion du pouvoir pénal constitue une victoire de l'État policier encapsulé ; toute réduction constitue une victoire de la contention juridique. Dans cette dialectique, aucune neutralité n'est possible : le juriste qui ne réduit pas étend, ne serait-ce que par l'inertie technique qui valide l'existant (V. Zaffaroni, 2001, p. 30-31).

5. L'héritage national-socialiste : des structures dogmatiques qui survivent

5.1. L'hypothèse de continuité dogmatique

L'ouvrage **Doutrina penal nazista** (Zaffaroni, 2019) offre l'instrument historico-comparatif le plus inquiétant pour analyser la pratique contemporaine. Le droit pénal du Troisième Reich fut un droit pénal humain nié : le national-socialisme n'a pas opéré en marge du droit, mais **par** le droit, en mobilisant une construction dogmatique sophistiquée pour mettre progressivement en œuvre l'épuration raciale, l'exclusion des « étrangers à la communauté » et, finalement, l'anéantissement (V. Zaffaroni, 2019, p. 5-6).

La thèse décisive est méthodologique : la dogmatique pénale allemande de 1933-1945 n'est pas née de rien et n'a pas disparu en 1945 ; ses constructions conceptuelles — élaborées avec une sophistication technique qui n'avait été atteinte ni avant ni après — continuent d'alimenter les rationalisations du droit pénal inhumain de notre temps sous des formes moins visibles. La continuité n'est pas morale, mais dogmatico-structurelle : mêmes catégories, mêmes techniques argumentatives, mêmes formes d'anticipation de la punissabilité, bien qu'elles soient mobilisées dans des contextes politiques radicalement différents (V. Zaffaroni, 2019, p. 27-28).

5.2. La *Volksgemeinschaft* et le bien juridique diffus

La représentation centrale de la vision du monde national-socialiste était la **Volksgemeinschaft**, dont la santé, la pureté et la fidélité intérieure au **Führer** devaient être protégées pénalement. Celui qui s'éloignait de cette communauté, fût-ce seulement par dissidence idéologique, était qualifié de **Gemeinschaftsfremder** et, dès lors, d'ennemi naturel. La peine suprême était la perte de la paix ou l'exclusion de la communauté du peuple — **Friedlosigkeit** : celui qui se révélait « dégénéré », inutile, devait être expulsé, empêché de se reproduire, éliminé, même sans culpabilité, parce que sa seule existence menaçait l'ensemble (V. Zaffaroni, 2019, p. 41-42).

Le bien juridique protégé était donc une entité diffuse, axiologique et difficile à délimiter : la communauté du peuple comme totalité mystique, dont la « santé institutionnelle » devait être défendue avec la plus haute énergie répressive. Cette structure typique — bien juridique supra-individuel et vaguement délimité — sert à l'élargissement discrétionnaire de l'application des incriminations, car elle permet à l'interprète de remplir librement le contenu de la norme de protection selon les nécessités politiques du moment (V. Zaffaroni, 2019, p. 174-178).

5.3. Le *Willensstrafrecht* et le droit pénal de la volonté

La construction dogmatique opérationnelle du national-socialisme fut le **Willensstrafrecht**, développé notamment par Roland Freisler : on punissait la volonté illicite, l'attitude intérieure, la violation du devoir de fidélité envers le peuple, avec une anticipation radicale de la punissabilité sur les actes préparatoires et une assimilation de la tentative à la consommation. Le centre de l'imputation fut déplacé de l'acte extérieur vers la disposition intérieure de l'auteur — ce qui configure techniquement un droit pénal d'auteur (V. Zaffaroni, 2019, p. 191-204).

La conséquence systémique est décisive : on punit ce que l'on **est**, et non seulement ce que l'on fait. L'imputation s'ancre dans des catégories anthropologiques de l'auteur : le « voleur d'habitude », le « criminel né », l'« étranger à la communauté », le « Juif », le « communiste », le « dégénéré ». Cette structure, connue sous le nom de **Tätertyp** — type normatif d'auteur — fut élevée au rang de catégorie dogmatique centrale par Edmund Mezger et par les jeunes représentants de l'école de Kiel, Dahm et Schaffstein. Le **Tätertyp** englobait tout, et la dangerosité — mesurée selon la « position dans la communauté du peuple » — devint le critère dominant (V. Zaffaroni, 2019, p. 204-225).

5.4. Le *gesundes Volksempfinden* et la destruction de la légalité

L'une des innovations les plus scandaleuses du droit pénal national-socialiste, introduite par la loi du 28 juin 1935 réformant le § 2 du **Strafgesetzbuch** — StGB —, fut l'admission de l'**analogia in malam partem** au motif du « principe fondamental d'une loi pénale » et du **gesundes Volksempfinden** — le sain sentiment du peuple. Le juge n'était plus lié au texte de la loi, mais devait décider selon le « sain sentiment » de la communauté ; la stricte légalité était ainsi abolie et le système ouvert à un arbitraire discrétionnaire masqué en fidélité au peuple (V. Zaffaroni, 2019, p. 46, 92-95).

Helmuth Henkel alla jusqu'à soutenir que, « pour ce qui est véritablement juste », le **nulla poena sine lege** devait être remplacé par le **nullum crimen sine poena** : toute conduite moralement répréhensible mérite une peine, même en l'absence d'une incrimination précise. L'inversion du principe libéral par excellence — **nullum crimen sine lege** — constitue, dans une clef zaffaronienne, la marque de la destruction pratique de l'État de droit : lorsque la peine précède la détermination typique et lorsque la détermination typique se remplit au moyen de sentiments collectifs diffus, le citoyen est livré à l'arbitraire du souverain interprétatif (V. Zaffaroni, 2019, p. 92-95).

5.5. Le *Volkgerichtshof* : la juridiction spéciale concentrée

Le **Volkgerichtshof** constitue le paradigme historique de la juridiction d'exception concentrée. Créé par la loi du 24 avril 1934 pour juger les crimes politiques — haute trahison, démoralisation de l'armée, hostilité au peuple —, il se caractérisait par une compétence centralisée ; la nomination directe des juges par le régime, en dehors de toute répartition démocratique ; une procédure sommaire avec des défenses limitées à quelques minutes ; une composition hybride — juges professionnels aux côtés de laïcs dotés du « sentiment du droit » ; une présidence confiée à une personnalité politiquement proche du régime — Otto Thierack, puis Roland Freisler ; et l'absence d'un appel véritablement complet (V. Zaffaroni, 2019, p. 88-94).

En trois ans, de 1942 à 1945, le **Volkgerichtshof** prononça entre 4 862 et 5 300 condamnations à mort — 1 200 en 1942, 1 662 en 1943, 2 000 en 1944. Parmi les exécutés figuraient Sophie et Hans Scholl, étudiants d'une vingtaine d'années qui distribuaient les tracts de la résistance pacifique de la « Rose blanche » et furent guillotins en 1943 sous l'accusation de démoralisation de l'armée. Freisler, le « bouffon-bourreau », annonçait des condamnations à mort au cours de conversations au restaurant, lors de rencontres fortuites dans le train, sur les lieux de travail, en s'appuyant sur des phrases telles que « ceci n'est pas un lieu pour des thèses de doctorat » — incarnation du mépris national-socialiste pour la rationalité juridique (V. Zaffaroni, 2019, p. 88-94).

5.6. L'*Unternehmen* et l'assimilation de la tentative à la consommation

Le droit pénal national-socialiste élargit massivement la notion d'**Unternehmen**, originellement limitée à la haute trahison : dans les infractions d'entreprise, « tentative et consommation » étaient traitées comme équivalentes, toute réduction obligatoire de peine en cas d'échec étant supprimée. Freisler conçut, pour le « droit pénal de l'avenir », le remplacement de la notion d'action par la notion générale d'entreprise, de sorte que « la distinction entre tentative et consommation » deviendrait insignifiante. La volonté extériorisée était ainsi punie à chaque stade d'exécution — même dans des actes préparatoires éloignés (V. Zaffaroni, 2019, p. 6-7, 191-204).

À l'origine, la **ratio** de l'**Unternehmen** ne se justifiait que pour la haute trahison : puisque le crime, une fois consommé, resterait impuni — le traître victorieux détenant alors le pouvoir —, il ne restait qu'à punir de manière égale la tentative et la consommation. Le national-socialisme étendit toutefois cette logique à d'autres infractions politiques et généralisa l'anticipation de la punissabilité. Le résultat dogmatique est la dissolution pratique de la distinction entre tentative et consommation dans tout le champ des infractions politiques — trait structurel qui réapparaît dans des législations contemporaines, même démocratiques, dès qu'il s'agit de protéger le régime politique (V. Zaffaroni, 2019, p. 191-204).

6. La pratique du STF brésilien à la lumière des trois perspectives

6.1. Le panorama des précédents pertinents

Pour examiner la pratique du STF brésilien à la lumière des trois perspectives théoriques exposées, il convient de fixer le panorama des précédents pertinents. Quatre grands blocs jurisprudentiels méritent d'être soulignés : premièrement, l'**Inquérito** 4.781 — enquête dite des « Fake News » —, instauré par l'ordonnance GP 69/2019 sous la présidence de l'ancien ministre Dias Toffoli, avec rapport du ministre Alexandre de Moraes ; deuxièmement, l'ADPF 572, jugée le 18 juin 2020 sous le rapport du ministre Edson Fachin, qui valida, par dix voix contre une, la constitutionnalité de l'INQ 4.781, avec la seule dissidence du ministre Marco Aurélio ; troisièmement, les actions pénales issues des événements du 8 janvier 2023, parmi lesquelles se distinguent l'AP 1060 — rapporteur ministre Alexandre de Moraes, jugement du 14 septembre 2023, première condamnation à une peine de 17 ans — et l'AP 2508 — affaire Débora Rodrigues dos Santos, avec une peine de 14 ans pour la dégradation de la statue **A Justiça** ; quatrièmement, l'AP 2668 — rapporteur ministre Alexandre de Moraes, jugement du 11 septembre 2025 —, dans laquelle, par quatre voix contre une au sein de la Première Chambre, avec la dissidence du ministre Luiz Fux, l'ancien président de la République et sept autres accusés du « noyau décisif » de la prétendue conspiration putschiste furent condamnés.

6.2. Les symptômes du paradigme jakobsien : les trois piliers structurels

Examinés à la lumière de Jakobs, ces précédents révèlent clairement les trois piliers structurels du **droit pénal de l'ennemi**. Premier pilier — l'anticipation extensive de la punissabilité : dans l'AP 2668, des condamnations furent prononcées pour « tentative de coup d'État » — Code pénal, art. 359-M — et « abolition violente de l'État démocratique de droit » — art. 359-L — sur la base d'actes préparatoires non consommés : projets de décret putschiste non publiés, plans militaires non exécutés, conspirations documentées mais non matérialisées dans une action effective. La perspective temporelle est clairement prospective — acte futur — et non rétrospective — acte consommé —, conformément à la structure décrite par Jakobs (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 35-37).

Deuxième pilier — la disproportion des peines encourues : dans l'AP 1060, Aécio Lúcio Costa Pereira fut condamné à 17 ans pour intrusion dans des bâtiments publics vides, sans violence effective contre des agents publics en service. Dans l'AP 2508, la coiffeuse Débora Rodrigues dos Santos fut condamnée à 14 ans pour avoir dégradé une statue. Dans l'AP 2668, les peines infligées au principal accusé dépassèrent 27 ans. De telles peines, appliquées à des actes préparatoires ou à des actes de faible nocivité matérielle, configurent la disproportion structurelle caractéristique du **droit pénal de l'ennemi**, dans lequel la peine perd son caractère rétributif et communicationnel pour assumer une fonction de combat (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 38).

Troisième pilier — l'assouplissement procédural : l'INQ 4.781 présente des signes visibles de cet assouplissement — instauration par ordonnance du président de la Cour sans demande du ministère public ; choix du rapporteur en dehors de la distribution démocratique ; imposition du secret absolu en tension avec la Súmula Vinculante 14 ; perquisitions

domiciliaires ; absence de délimitation claire des accusés ; concentration des fonctions d'enquête, d'accusation et de décision dans un même organe. L'ADPF 572 valida cette structure en se fondant sur l'art. 43 du règlement intérieur du STF — RISTF —, par dix voix contre une (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 39-41).

6.3. La sélectivité structurelle sous le regard zaffaronien

La lecture zaffaronienne issue d'**Em busca das penas perdidas** complexifie toutefois considérablement le diagnostic jakobsien. Tandis que le STF consacre d'importantes ressources institutionnelles à la punition exemplaire des envahisseurs du 8 janvier 2023 — avec des peines dépassant 17 ans pour l'intrusion dans des bâtiments publics vides, conduite répréhensible mais matériellement limitée dans sa nocivité —, le système pénal brésilien continuait, au cours des mêmes semaines, à tuer des milliers de jeunes noirs et périphériques dans des « autos de résistance policière », sans aucun procès, dans l'indifférence des institutions de l'establishment juridique (V. Zaffaroni, 2001, p. 26-27, 38-39).

La sélectivité structurelle dénoncée par Zaffaroni demeure intacte dans la pratique brésilienne : le STF se mobilise contre l'ennemi symbolique, médiatique et politiquement utile ; il ignore ou traite avec indifférence le massacre quotidien de la clientèle traditionnelle du système pénal. La question zaffaronienne est inconfortable : pourquoi cette symétrie ne fonctionne-t-elle pas ? Pourquoi la Cour qui inflige 17 ans pour l'invasion d'un Sénat vide n'accorde-t-elle pas la même attention et la même rigueur aux cas de violence policière systématique contre les populations vulnérables ? La réponse, pour Zaffaroni, est structurelle : le système pénal n'a pas été créé pour punir également, mais pour sélectionner ; et la sélectivité contemporaine inclut désormais quelques ennemis « symboliques » sans abandonner sa fonction traditionnelle de criminalisation des vulnérables (V. Zaffaroni, 2001, p. 24-31).

La critique zaffaronienne rejette ici frontalement la lecture naïve selon laquelle la punition des putschistes constituerait un progrès démocratique. Pour le juriste argentin, l'expansion du système pénal est toujours régressive, même lorsque ses victimes actuelles semblent idéologiquement moins sympathiques. La démocratie se préserve par la réduction du pouvoir pénal, non par son expansion sélective contre les bons ennemis. Tout nouvel outil dogmatique introduit pour combattre l'autoritarisme accroît la capacité autoritaire du système lui-même, et cette capacité ne disparaît pas lorsque l'ennemi du jour change (V. Zaffaroni, 2007a, p. 144-146).

6.4. Les homologies avec le droit pénal national-socialiste

Examinée à la lumière de **Doutrina penal nazista**, la pratique du STF révèle sept axes d'homologie structurelle qui méritent d'être techniquement nommés. Premièrement : la loi 14.197/2021 a introduit dans le Code pénal brésilien l'infraction d'« abolition violente de l'État démocratique de droit » — art. 359-L —, dont le bien juridique est, à strictement parler, une entité diffuse, axiologique et difficile à délimiter ; elle reproduit ainsi, bien que dans un cadre démocratique, la logique de protection de biens supra-individuels caractéristique de la **Volksgemeinschaft** (V. Zaffaroni, 2019, p. 174-178).

Deuxièmement : dans les votes du rapporteur des actions pénales du 8 janvier, le centre de l'imputation réside à plusieurs reprises dans « l'intention de renverser le gouvernement démocratiquement élu », dans la « volonté putschiste », dans le « dessein antidémocratique » — éléments subjectifs qui précèdent et fondent la qualification pénale plus que les actes matériellement dommageables effectivement accomplis. La figure de l'« exécution multitudinaire » renforce aussi le déplacement de l'acte extérieur vers la volonté partagée du groupe, dans une structure analogue au **Willensstrafrecht** (V. Zaffaroni, 2019, p. 191-204).

Troisièmement : l'invocation répétée de « l'indignation institutionnelle », du « consensus démocratique », de « l'appel à la défense de la démocratie » comme source matérielle dans des décisions du STF justifiant des interprétations extensives des incriminations reproduit la structure du **gesundes Volksempfinden** — l'appel à un sentiment collectif diffus pour assouplir la légalité. La différence axiologique est évidente, mais la structure dogmatique demeure la même (V. Zaffaroni, 2019, p. 92-95).

Quatrièmement : on identifie la catégorie opératoire du « putschiste », de « l'antidémocrate », du « milicien numérique » — figures dont la force explicative ne découle pas d'une détermination typique précise, mais d'une typologie anthropologique construite médiatiquement et judiciairement. Lorsque le STF qualifie les accusés de « membres d'une organisation criminelle putschiste » ou de « défenseurs de l'intervention militaire », il opère dogmatiquement avec la structure du **Tätertyp** : il punit l'accusé à la fois pour ce qu'il est et pour ce qu'il a fait (V. Zaffaroni, 2019, p. 217-225).

Cinquièmement : l'INQ 4.781 présente une homologie procédurale structurelle avec le **Volksgesichtshof** : compétence centralisée ; désignation directe du rapporteur en dehors de la distribution démocratique ; procédure concentrée dans une chambre réduite ; concentration des fonctions d'enquête, d'accusation et de décision. Il va de soi qu'il n'existe pas d'équivalence morale : le STF ne condamne pas à mort, opère dans un contexte démocratique et demeure soumis à des formes de contrôle institutionnel. L'architecture procédurale est toutefois, dans une clef zaffaronienne, structurellement comparable au paradigme historique de la juridiction d'exception (V. Zaffaroni, 2019, p. 88-94).

Sixièmement : on observe un assouplissement herméneutique des incriminations ouvertes de la loi 14.197/2021, produisant des effets analogues à ceux de l'**analogia in malam partem** : des types pénaux formulés de manière ouverte — « abolition », « violent », « État démocratique de droit » — sont remplis discrétionnairement par le juge interprète au moyen d'une justification axiologique diffuse. La vague typicité consciente de la loi 14.197/2021 est, dans une clef zaffaronienne, le symptôme de la même stratégie d'affaiblissement de la légalité que le national-socialisme porta à son paroxysme (V. Zaffaroni, 2019, p. 92-95).

Septièmement : dans la motivation de l'AP 2668, des condamnations pour « tentative de coup d'État » et « abolition violente » furent appliquées à des conduites dont l'efficacité consummative était loin de s'être concrétisée, avec des peines proches de celles de l'infraction consommée ; cette structure reproduit celle de l'**Unternehmen** national-socialiste, dans

laquelle tentative et consommation étaient traitées comme équivalentes dans les infractions politiques. La généalogie de l'incrimination brésilienne peut être retracée : le législateur de 2021 reproduit, même sans conscience historique, la logique génétique de l'extension national-socialiste de l'**Unternehmen** (V. Zaffaroni, 2019, p. 191-204).

6.5. La différence essentielle : degré, non structure

Après avoir établi les sept axes d'homologie, il convient de nommer avec précision zaffaronienne la différence fondamentale entre la pratique contemporaine du STF et le droit pénal national-socialiste. Il s'agit d'une différence de degré, non d'une différence de structure dogmatique : le régime national-socialiste porta chacun de ces éléments au paroxysme absolu — massacre juridique, abolition complète de la légalité, démonisation biologique de l'ennemi, élimination physique des « étrangers à la communauté ». Le STF mobilise, dans le moment présent, des versions fortement atténuées des mêmes structures — dans un cadre constitutionnel préservé, avec des peines privatives de liberté, non des peines de mort, et sous un certain contrôle institutionnel résiduel (V. Zaffaroni, 2019, p. 27-28).

La différence de degré ne neutralise toutefois pas l'homologie structurelle — et c'est précisément là que réside l'alarme zaffaronienne. Les structures dogmatiques possèdent, une fois acceptées, une dynamique expansive propre : le **droit pénal de l'ennemi**, selon le diagnostic de Zaffaroni, n'admet pas de limites stables, car le jugement sur qui est ennemi, sur le degré de dangerosité qu'il représente et sur la quantité d'exception nécessaire se trouve entre les mains du souverain — ici, du STF lui-même. L'histoire argentine et chilienne des années 1970 enseigne que le passage du gradient atténué au gradient extrême peut se produire avec une vitesse effrayante, surtout dans des contextes institutionnels fragiles (V. Zaffaroni, 2007a, p. 144-146).

L'avertissement final est peut-être le plus inconfortable : en adoptant — certes de bonne foi démocratique — des éléments structurels du **droit pénal de l'ennemi** pour combattre les actes du 8 janvier 2023, le STF crée un précédent dont la portée future échappe à son propre contrôle. Les armes dogmatiques aujourd'hui forgées pour la « défense de la démocratie » seront demain disponibles entre des mains à la configuration idéologique radicalement différente. Dans une clef héraclitéenne, toute concession est une victoire structurelle de l'autoritarisme, même lorsqu'elle est déguisée en défense institutionnelle.

7. Réponses motivées aux trois questions centrales

7.1. Le STF brésilien a-t-il adopté le modèle jakobsien du droit pénal de l'ennemi ?

Oui, partiellement et avec des symptômes clairs. L'analyse des principaux précédents de la Cour — INQ 4.781, ADPF 572, actions pénales du 8 janvier, AP 2668 — révèle la présence simultanée des trois piliers structurels du **droit pénal de l'ennemi** décrits par Jakobs.

L'anticipation extensive de la punissabilité apparaît clairement dans l'AP 2668, où des condamnations pour « tentative de coup d'État » et « abolition violente de l'État démocratique de droit » furent appliquées à des actes préparatoires non consommés — projets de décret non publiés, plans non exécutés, conspirations documentées mais non matérialisées. La

perspective temporelle est clairement prospective, conformément à la structure jakobsienne (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 35-37).

La disproportion des peines encourues se retrouve dans les peines de 17 ans — AP 1060, Aécio Lúcio Costa Pereira —, de 14 ans — AP 2508, Débora Rodrigues dos Santos — et de plus de 27 ans — AP 2668 —, appliquées à des conduites dont la nocivité matérielle effective est souvent disproportionnée par rapport à la sévérité de la réponse pénale. La peine perd alors son caractère rétributif et communicationnel pour assumer une fonction exemplaire de combat (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 38).

L'assouplissement des garanties procédurales est évident dans l'INQ 4.781 — instauration par ordonnance, désignation directe du rapporteur, secret absolu, indétermination des accusés, concentration fonctionnelle —, validé par l'ADPF 572 avec la seule dissidence du ministre Marco Aurélio. L'architecture procédurale se rapproche structurellement du modèle jakobsien du sujet procédural réduit à une source de risque (V. Jakobs ; Cancio Meliá, 2007, p. 39-41).

Des réserves importantes doivent toutefois être formulées. Premièrement : l'adoption du modèle jakobsien n'est ni complète ni officielle — le STF ne se reconnaît pas lui-même comme appliquant le **droit pénal de l'ennemi** et conserve une part importante du discours garantiste classique. Deuxièmement : la catégorie de « l'ennemi » n'est pas appliquée de manière théoriquement assumée, mais fonctionne de façon symptomatique et fonctionnelle — elle reproduit la structure sans la nommer. Troisièmement : la divergence interne au STF lui-même — vote du ministre Luiz Fux dans l'AP 2668, dissidence du ministre Marco Aurélio dans l'ADPF 572 — montre que la Cour n'est pas monolithique et que la tension entre paradigmes coexiste en son sein.

La conclusion motivée est la suivante : dans sa pratique effective, le STF brésilien a adopté des éléments structurels du **droit pénal de l'ennemi** décrit par Jakobs, quoique sans reconnaissance théorique expresse et à l'intérieur d'un cadre discursif démocratique. Cette adoption est partielle, symptomatique et contestée en interne, mais dogmatiquement identifiable.

7.2. Le STF a-t-il adopté le modèle de sélectivité dénoncé par Zaffaroni ?

Oui, de manière flagrante — et avec une aggravation particulière : la Cour maintient intacte la sélectivité traditionnelle contre les populations vulnérables et y ajoute simultanément une sélectivité symbolique dirigée contre des ennemis politiquement utiles.

La sélectivité traditionnelle demeure pleinement fonctionnelle : le système pénal brésilien continue d'opérer, sous la surveillance ou l'indifférence du STF, massivement contre les populations noires, pauvres et périphériques, avec des taux d'incarcération parmi les plus élevés au monde — plus de 800 000 personnes détenues —, une inertie procédurale systématique, des conditions de détention dégradantes et des « autos de résistance » policiers dans des proportions alarmantes. La Cour, sauf décisions ponctuelles — comme l'ADPF 347,

qui reconnu en 2015 l'« état de choses inconstitutionnel » du système carcéral —, ne fait pas face structurellement à cette sélectivité (V. Zaffaroni, 2001, p. 24-27).

À cette sélectivité traditionnelle s'est toutefois ajoutée, ces dernières années, une sélectivité symbolique dirigée contre les prétendus « ennemis de la démocratie » — putschistes, militants antidémocratiques, miliciens numériques. Cette nouvelle sélectivité ne remplace pas la précédente ; elle s'y superpose et produit le paradoxe zaffaronien dans sa forme la plus aiguë : le système pénal punit l'intrusion dans des bâtiments vides de 17 ans d'emprisonnement et acquitte systématiquement des policiers qui tuent de jeunes Noirs sous l'euphémisme des « autos de résistance » (V. Zaffaroni, 2001, p. 24-31).

Cette double sélectivité est, dans une clef zaffaronienne, un symptôme décisif de la délégitimation du système pénal brésilien. La Cour qui se présente comme gardienne de la Constitution agit simultanément comme acteur de l'expansion punitive contre les ennemis du jour et comme institution structurellement inactive face à la violence systémique du système pénal contre les vulnérables traditionnels. La fonction politique du pénaliste dans la pratique contemporaine devrait consister à dénoncer ces deux faces de la sélectivité — sans tomber dans l'erreur symétrique consistant à défendre les ennemis symboliques actuels comme s'ils étaient victimes de persécution politique (V. Zaffaroni, 2001, p. 29-31).

La conclusion motivée est la suivante : le STF reproduit pleinement le modèle de sélectivité dénoncé par Zaffaroni et l'aggrave en ajoutant à la sélectivité traditionnelle une sélectivité symbolique dirigée contre des ennemis politiquement utiles. Cette double sélectivité est le trait le plus visible de la délégitimation contemporaine du système pénal brésilien sous la surveillance de la Cour.

7.3. Le STF a-t-il recouru à des pratiques relevant du « droit pénal national-socialiste » exposé par Zaffaroni ?

Oui, dans la structure dogmatique, mais non dans le contenu axiologique. La réponse exige la plus grande précision méthodologique : il s'agit d'une homologie structurelle, non d'une équivalence morale. Clarifier cette distinction constitue le minimum de rigueur intellectuelle dû à la gravité du sujet.

Sur le plan moral et politique, évidemment non : le régime national-socialiste produisit des millions d'exécutions juridiques ou para-procédurales, des dizaines de millions de morts dans des camps d'extermination, une guerre d'anéantissement contre les populations civiles, un racisme biologique institutionnalisé, l'Holocauste. Rien de cela ne trouve de parallèle dans la pratique contemporaine du STF brésilien, et toute lecture suggérant une telle équivalence serait analytiquement fautive et éthiquement irresponsable.

Sur le plan dogmatico-structurel, en revanche, oui : dans la pratique contemporaine de la Cour, on peut identifier des versions atténuées des mêmes structures conceptuelles que la dogmatique national-socialiste porta à son paroxysme. Le bien juridique diffus « État démocratique de droit » reproduit, dans un cadre démocratique, la structure de protection de la **Volksgemeinschaft**. La centralité de la « volonté putschiste » reproduit le

Willensstrafrecht. L'invocation de « l'indignation institutionnelle » reproduit le **gesundes Volksempfinden**. La catégorie opératoire du « putschiste/antidémocrate » reproduit le **Tätertyp**. L'architecture de l'INQ 4.781 reproduit structurellement le **Volksgesichtshof**. L'interprétation extensive des incriminations de la loi 14.197/2021 reproduit l'effet de **l'analogia in malam partem**. L'assimilation pénale de la tentative à la consommation reproduit **l'Unternehmen** (V. Zaffaroni, 2019, p. 88-94, 174-225).

Aucune de ces homologues ne justifie une équivalence morale ; chacune exige toutefois une dénomination technique. Zaffaroni est catégorique sur ce point : la continuité dogmatique entre le droit pénal national-socialiste et les rationalisations contemporaines est une hypothèse de recherche sérieuse — non une accusation morale. La majorité des pénalistes allemands du Troisième Reich agissaient avec une authentique conviction subjective ; c'est précisément la sophistication technique liée à la bonne foi qui rendit la dogmatique national-socialiste historiquement dévastatrice. La bonne foi démocratique des juges brésiliens ne neutralise pas, dans une clef zaffaronienne, la structure autoritaire de la dogmatique mobilisée (V. Zaffaroni, 2019, p. 27-28, 144-148).

L'avertissement décisif est le suivant : les structures dogmatiques possèdent une dynamique expansive propre, échappent au contrôle des acteurs qui les introduisent et tendent à se généraliser à des usages imprévus. Ce qui est aujourd'hui appliqué contre le « putschiste » peut demain être appliqué contre le manifestant social, le syndicaliste, le journaliste, l'avocat, le professeur, le dissident politique, l'opposant du moment. Le problème n'est donc pas l'intention subjective des juges, mais la puissance objective des outils dogmatiques qu'ils légitiment.

La conclusion motivée est la suivante : le STF ne reproduit pas le contenu moral, politique ou exterminateur du droit pénal national-socialiste — et il serait absurde d'affirmer le contraire. Il reproduit toutefois, dans une version atténuée, certaines de ses structures dogmatiques centrales. C'est précisément pour cette raison que l'avertissement zaffaronien est pertinent : dans le droit pénal, la structure importe autant que le contenu, car les structures autoritaires survivent aux intentions démocratiques de ceux qui les mobilisent.

Logique du thème : synthèse consolidée

L'analyse consolidée des trois perspectives — Jakobs, Zaffaroni de l'ennemi, Zaffaroni historien — conduit à une conclusion structurée sur trois plans articulés. Sur le plan dogmatico-descriptif, la pratique contemporaine du STF brésilien reproduit, dans une mesure significative, les traits structurels du **droit pénal de l'ennemi** identifiés par Jakobs : anticipation de la punissabilité, disproportion des peines, assouplissement procédural, sans que la Cour se reconnaisse théoriquement dans ce paradigme. Cette reproduction est partielle, symptomatique et contestée en interne — votes divergents, oscillations jurisprudentielles —, mais dogmatiquement identifiable.

Sur le plan critique zaffaronien, cette reproduction est structurellement régressive, non progressive. L'expansion punitive contre des ennemis politiquement utiles ne remplace pas la

sélectivité traditionnelle contre les populations vulnérables ; elle s’y ajoute, configurant le paradoxe de la double sélectivité qui caractérise la délégitimation contemporaine du système pénal brésilien. La Cour qui punit sévèrement l’envahisseur d’un Sénat vide est la même Cour qui tolère avec indifférence structurelle le massacre quotidien de jeunes Noirs sous des euphémismes tels que les « autos de résistance ». Cette symétrie inversée est, dans une clef zaffaronienne, un symptôme décisif de la subordination du STF à la dialectique expansive de l’État policier.

Sur le plan historico-comparatif, des homologues dogmatiques structurelles peuvent être identifiées entre les constructions national-socialistes de 1933-1945 et la pratique brésilienne contemporaine : **Volksgemeinschaft** / État démocratique diffus ; **Willensstrafrecht** / volonté putschiste ; **gesundes Volksempfinden** / indignation institutionnelle ; **Tätertyp** / putschiste ; **Volksgesichtshof** / INQ 4.781 ; analogie / interprétation extensive ; **Unternehmen** / assimilation de la tentative à la consommation. Ces homologues sont structurelles, non morales ; les nommer constitue un exercice de vigilance constitutionnelle, non une accusation morale.

Le message central est donc le suivant : le STF, en prétendant défendre la démocratie par des outils dogmatiques de l’exception, risque de contribuer à l’érosion silencieuse de la démocratie qu’il affirme protéger. La démocratie constitutionnelle ne se défend pas par l’élargissement du pouvoir pénal, par la flexibilité de la légalité, par la concentration procédurale ou par la création d’ennemis juridiquement différenciés. Elle se défend par la fidélité aux garanties, surtout lorsque ses ennemis sont réels, dangereux et moralement répugnants. C’est précisément dans le traitement de ceux que la majorité voudrait voir exclus de la communauté juridique que se mesure la solidité d’un État de droit.

- **Tableau synoptique**

Élément	Explication
Droit pénal du citoyen	Chez Jakobs, modèle dans lequel la peine fonctionne comme contradiction communicationnelle de l’acte délictueux ; l’auteur demeure reconnu comme personne ; la norme est réaffirmée symboliquement face à la négation produite par le crime.
Droit pénal de l’ennemi	Modèle dans lequel la peine ne vise plus la réaffirmation symbolique de la norme, mais la neutralisation factuelle d’un danger ; le sujet est traité comme source de risque, non comme interlocuteur normatif.
Anticipation de la punissabilité	Premier pilier du droit pénal de l’ennemi ; déplacement du centre de la punition de l’acte consommé vers l’acte futur ; criminalisation de préparations, d’associations, de conspirations ou de participations périphériques.

Disproportion des peines	Deuxième pilier du droit pénal de l'ennemi ; malgré l'anticipation de la punissabilité, l'ordre juridique maintient ou aggrave les peines, assimilant pratiquement l'acte préparatoire à l'infraction consommée.
Assouplissement procédural	Troisième pilier du droit pénal de l'ennemi ; garanties du procès équitable assouplies ou supprimées, avec secret, détention préventive élargie, enquêtes atypiques, concentration de fonctions et mesures intrusives.
Garantie cognitive	Catégorie centrale chez Jakobs ; la personne n'est pleinement traitée comme citoyenne que si elle offre une garantie cognitive minimale de comportement conforme au droit ; l'absence de cette garantie ouvre la voie au traitement d'ennemi.
Critique zaffaronienne	Zaffaroni rejette la catégorie juridique de l'ennemi dans le droit ordinaire ; cette catégorie appartient à l'État absolu et est incompatible avec l'État constitutionnel de droit.
Médecine qui tue le patient	Métaphore de Zaffaroni contre Jakobs ; légitimer partiellement le droit pénal de l'ennemi pour le contenir revient à introduire dans l'État de droit l'élément qui le détruit progressivement.
État policier encapsulé	Thèse zaffaronienne selon laquelle tout État de droit réel contient en lui un État policier qui cherche constamment à se libérer ; la question pénale est le mur le plus fragile de cette contention.
Sélectivité structurelle	Le système pénal ne punit pas tous également ; il sélectionne préférentiellement les vulnérables et les dissidents gênants, tout en immunisant les puissants.
Légalité procédurale irréalisable	Le programme de criminalisation légale ne peut jamais être appliqué intégralement, car il conduirait à la criminalisation de toute la population ; le système fonctionne donc nécessairement par sélection.
Pénaliste comme agent de contention	Fonction politique du juriste pénal selon Zaffaroni ; réduire le pouvoir punitif, dénoncer la sélectivité et empêcher l'expansion de l'État policier.
Dogmatique pénale national-socialiste	Ensemble de constructions techniques par lesquelles le régime nazi opéra juridiquement la persécution, l'exclusion et l'élimination de ses ennemis ; son danger réside dans la sophistication dogmatique, non dans l'absence de droit.

Volksgemeinschaft	Communauté du peuple comme bien juridique supremo e difuso ; estrutura que permite ampliar discricionariamente a punição em nome da saúde ou integridade da comunidade.
Willensstrafrecht	Droit pénal de la volonté ; déplacement de l'imputation de l'acte extérieur vers l'attitude intérieure de l'auteur ; punition de la disposition subjective plus que du fait matériel.
Tätertyp	Type d'auteur ; catégorie dogmatique qui attache la punition à ce que le sujet est ou représente, et non seulement à ce qu'il a fait.
Gesundes Volksempfinden	« Sain sentiment du peuple » ; critère diffus utilisé pour assouplir la légalité et autoriser l'analogie défavorable à l'accusé.
Volksgesichtshof	Tribunal du peuple national-socialiste ; modèle de juridiction d'exception concentrée, à compétence politique, procédure sommaire et absence de garanties effectives.
Unternehmen	Catégorie par laquelle tentative et consommation furent assimilées dans les infractions politiques ; anticipation de la punissabilité et suppression de la différence entre acte préparatoire et résultat consommé.
INQ 4.781	Enquête des Fake News ; exemple de concentration procédurale, désignation atypique du rapporteur, secret et fonctions superposées ; lu ici comme symptôme de flexibilité procédurale.
AP 1060	Première condamnation liée au 8 janvier 2023 ; peine de 17 ans ; utilisée comme exemple de disproportion punitive et de logique de combat contra o inimigo simbólico.
AP 2508	Affaire Débora Rodrigues dos Santos ; peine de 14 ans pour dégradation de la statue A Justiça ; exemple paradigmatique de la critique de la disproportion.
AP 2668	Condamnation de l'ancien président et d'autres accusés du noyau décisif de la prétendue conspiration putschiste ; exemple d'anticipation de la punissabilité sur des actes préparatoires.
Différence de degré	Le STF ne reproduit pas moralement le national-socialisme ; il mobilise toutefois, selon l'analyse, des structures dogmatiques atténuées analogues à celles étudiées par Zaffaroni.
Absence d'équivalence morale	Point méthodologique central ; nommer une homologie structurelle n'équivaut pas à assimiler moralement le STF au régime nazi.

Bonne foi institutionnelle	La conviction subjective des juges de défendre la démocratie ne neutralise pas les effets autoritaires des structures dogmatiques mobilisées.
Paradoxe de la démocratie militante	La démocratie qui se défend en renonçant à l'État de droit cesse progressivement d'être la démocratie qu'elle prétend protéger.
Message central	La démocratie constitutionnelle ne se défend pas par l'expansion du pouvoir pénal, mais par la fidélité aux garanties, surtout à l'égard de ceux que la majorité voudrait exclure da comunidade jurídica.