

Le procès collectif brésilien et les précédents¹

The Brazilian collective process and precedents

Hugo Nigro Mazzilli

**Avocat, Professeur émérite de l'École de
Ministère Public de São Paulo**

Résumé: Le Code de Procédure Civile brésilien de 2015 a introduit une règle selon laquelle les juges doivent observer les précédents judiciaires des cours supérieures. Néanmoins, seulement la Constitution peut permettre que les tribunaux créent une jurisprudence qui oblige tous les juges pour résoudre des faits futurs, mais entre les permissions constitutionnelles en vigueur, la règle introduite par le Code ne s'insère pas. Rendre obligatoires tous les précédents n'est qu'une jurisprudence défensive pour décharger les tribunaux, en préjudice de la Constitution.

Abstract: The Brazilian Civil Procedure Code of 2015 introduces the rule that judges must observe the superior courts' precedents. Nevertheless, only Constitution can allow the courts to create binding jurisprudence for all judges to resolve future events, and yet this rule enforced by the Code is not within the constitutional permissions effective to date. Making the precedents obligatory is nothing more than a defensive jurisprudence to relieve the courts, in breach of the Constitution.

Mots-clés : Procès collective brésilien – précédents – Code de Procédure Civile brésilien – jurisprudence défensive – inconstitutionnalité

Keywords: Brazilian collective process – precedents – Brazilian Civil Procedure Code – defensive jurisprudence – unconstitutionality

Le Code de Procédure Civile brésilien de 2015 n'a pas réglé le procès collectif ; bien qu'il contienne des dispositifs de nature collective et établisse des rapports au procès collectif, il n'y a pas un livre, un titre ou un simple chapitre à cet égard. Par conséquent, la protection collective de l'environnement, des consommateurs, du patrimoine culturel et d'autres intérêts diffus, collectifs et individuels homogènes continuera d'être faite par le microsystème de la Loi de l'Action Civile Publique (Loi n. 7347/1985), du Code de Protection des Consommateurs (Loi n. 8078/1990) et d'autres

1. Article publié dans la *Revista dos Tribunais*, 977/321, março 2017, São Paulo, Brésil, avec de postérieures corrections. Disponible à www.mazzilli.com.br/pages/artigos/procolfr.pdf.

lois spéciales. Le nouveau Code, cependant, n'aura pas seulement une application supplémentaire, mais aussi principale en tout ce qui maintient la compatibilité avec les actions civiles publiques et collectives, ce qui rend nécessaire d'examiner ses nouveautés — quelques-unes louables, d'autres d'un mérite douteux, et certaines manifestement inconstitutionnelles.

Nous discuterons ici la nouvelle règle, qui a une incidence sur les procès collectifs, selon laquelle les juges et les tribunaux doivent *observer* les précédents judiciaires des Cours supérieures (articles 926 et 927). Si nous prenons le sens le plus habituel du verbe, il sera bon que le juge *observe* les précédents jurisprudentiels, c'est-à-dire qu'il dirige son attention sur eux, car ils montrent un penchant des tribunaux, une expérience des générations, une maturation des concepts... Cependant, le Code de 2015 veut bien plus que cela : *observer* ici a le sens de se conformer aux précédents, obéir aux précédents. Dans l'effort de rendre la loi quelque chose de prévisible, de stable et de sûr — qui est une valeur superlative sous la *common law*, basée sur la théorie de *stare decisis*, c'est-à-dire, sur la prévalence du précédent —, le Code introduit un renfort notable à la jurisprudence des tribunaux, qui dorénavant imposeront des jugements qui supposent, même pour les cas futurs, une soumission obligatoire des juges inférieurs.

Cette solution est-elle une nouveauté de la loi brésilienne?

Pas tout à fait. La Constitution de 1988 a déjà autorisé que certaines décisions de la Cour Suprême créent des règles générales pour obliger l'administration, les tribunaux et les juges inférieurs, soit dans sa rédaction initiale (en ce qui concerne la décision des actions directes d'inconstitutionnalité), soit dans la rédaction due à un amendement constitutionnel (par rapport à la décision des actions déclaratoires de constitutionnalité et à la question des « súmulas vinculantes », c'est-à-dire des règles synthétisées qui deviennent des précédents obligatoires). Ainsi, il y a une prévision dans la Loi Suprême pour que quelques décisions judiciaires imposent *erga omnes* des règles abstraites — ce sont et les « súmulas vinculantes » et les décisions émises pour le contrôle concentré de constitutionnalité, quand elles proviennent de la Cour Suprême.

Serait-il nécessaire de prévoir cela dans la Constitution? Certes, parce que, sous le système constitutionnel brésilien, il n'est pas la tâche du Pouvoir Judiciaire celle de faire des lois. Nous n'avons pas la croyance simpliste que le Pouvoir Judiciaire ne légifère jamais, parce que nous savons que, dans le système constitutionnel de combinaison de pouvoirs, la Cour Suprême est autorisée à exercer matériellement une fonction législative active ou négative lorsqu'elle déclare la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité d'une loi, ou lorsqu'elle établit une interprétation obligatoire d'une loi, ou, enfin, lorsque, devant l'omission du législateur ordinaire, elle émet la volonté présumée du système juridique sous la lumière de la Constitution. Cependant, dans la démocratie brésilienne, à part ces expresses hypothèses constitutionnelles, la tâche de faire une loi réelle dans le sens propre suppose la volonté du *peuple*, bien qu'extériorisée sous la forme représentative. Alors, sans aucune investiture électorale, en règle générale les membres du Pouvoir Judiciaire sont des exécuteurs de la loi, pas ses créateurs; ils sont leurs exécuteurs contentieux, pas les auteurs de la loi. Celle-ci est le résultat d'une activité de collaboration entre le Pouvoir Législatif et le Pouvoir Exécutif, tandis que le contrôle de sa constitutionnalité tient au Pouvoir Judiciaire. Ainsi, ce n'est que par une exception que la Loi Suprême autorise le Pouvoir Judiciaire à émettre des

normes abstraites et génériques lors de l'édition des « súmulas vinculantes » ou lors du contrôle concentré de la constitutionnalité des lois; voilà pourquoi, pour qu'il puisse émettre des règles de valeur normative et de nature abstraite et générale, il était nécessaire une expresse autorisation constitutionnelle.

Le Code de Procédure Civile de 2015, cependant, a cru s'élever au même niveau de la Constitution, parce qu'il a augmenté par soi-même le rôle des hypothèses selon lesquelles le Pouvoir Judiciaire pourrait émettre une normativité abstraite... Maintenant, pour savoir quand le Pouvoir Judiciaire peut expédier des règles abstraites, il ne faut pas recourir seulement à la Constitution... Pour savoir ce qui est l'activité législative au Brésil, dorénavant il faut consulter le Code de Procédure Civile, parce que ce monument législatif ordinaire a ajouté aux « súmulas vinculantes » — qui sont autorisées par la Constitution — et aux décisions de contrôle concentré de constitutionnalité — qui sont aussi autorisées par la Constitution —, il y a ajouté les décisions des cours inférieures que résolvent les procès répétitifs, il y a ajouté les décisions proférées par des tribunaux dans les recours extraordinaires et dans les recours spéciaux répétitifs, il y a ajouté n'importe quelles « súmulas » de la Cour Suprême et de la Cour Supérieure de Justice — sans tenir compte de la Constitution qui ne confère le pouvoir d'émettre des précédents obligatoires qu'à la Cour Suprême —, il y a également ajouté les décisions de la Cour pleine de n'importe quel tribunal — ce ne seront plus désormais seulement les décisions de la Cour Suprême —, et, enfin, il y a ajouté les décisions proférées dans les cas où une Cour absorbe la compétence d'une autre autorité judiciaire inférieure... Ainsi, d'après la volonté du législateur *ordinaire*, maintenant toutes ces décisions devront être obligatoires... Selon l'article 489, § 1^{er}, VI, du nouveau Code, le juge sera obligé à observer le précédent invoqué par une partie, à moins qu'il démontre que le cas est différent ou que le précédent a été surmonté.

Nous ne pouvons pas dire qu'il ne serait pas un acte normatif celui-là de la Cour Suprême, de la Cour Supérieure ou de n'importe quel tribunal inférieur moyennant lequel on émet une décision obligatoire hors des hypothèses constitutionnelles actuelles, car — c'est ce que disent les partisans du nouveau système — une telle décision ne consisterait pas dans une *création* d'une nouvelle norme juridique, générique, abstraite et impersonnelle, mais, plus exactement, elle ne ferait que donner une *interprétation* à une loi déjà existante, à laquelle on concèderait un effet obligatoire qui ne se confondrait pas avec la tâche de l'édition des lois matérielles.

Or, si une loi veut dire et dit effectivement « A », mais n'importe quel tribunal du pays, dans une soi-disant *interprétation* de la loi, peut dire que « A » en fait signifie « B », et si l'on donne à cette interprétation une force générique et abstraite qui oblige à tous, alors il faut reconnaître que ce qui est effectivement en vigueur dans le pays n'est pas « A », mais « B ». Celui qui légifère n'est pas désormais le Congrès National.

On ne doit pas dire qu'il ne serait qu'une tétatologie juridique lorsque le tribunal abandonne la tâche pure de l'interprétation des lois existantes et passe à créer de nouvelles normes (comme, par exemple, la Cour Suprême l'a fait à propos de la « súmula vinculante » n. 11, qui a imposé de nouvelles règles pour l'utilisation des menottes). Dans ce cas, c'est très commun que l'on dise, l'erreur ne serait pas de la loi (c'est-à-dire de la disposition constitutionnelle qui permet à la Cour d'éditer des règles

obligatoires), mais elle serait des hommes (dans ce cas, des ministres judiciaires qui ont édité une règle qui crée une loi matérielle dans le système juridique). Dans le cas du Code de 2015, l'erreur provient déjà de la loi sous-constitutionnelle, qui indûment a élargi la liste constitutionnelle des exceptions selon lesquelles en ses jugements, seulement la Cour Suprême pourrait émettre une normativité *erga omnes*. Maintenant, à l'erreur de la loi, il faut inévitablement ajouter la faute des hommes (pas seulement des ministres de la Cour Suprême, mais des ministres et juges de tous les tribunaux du pays), puisque désormais n'importe quel tribunal pourra déclarer que la loi dit « B » exactement où elle veut dire « A », et, par conséquent, il obligera non seulement les juges qui lui sont liés, mais les individus, à partir d'une soi-disant *interprétation* qui est plus que cela, parce qu'elle est devenue obligatoire. Et une chose encore : selon le nouveau Code, les tribunaux n'iront pas « interpréter » une loi pour *un seul cas concret*; ils n'iront pas même donner une « interprétation » *pour tous les cas individuels déjà en cours*; en fait, ils donneront son *interprétation pour tous les futurs cas hypothétiques*... Une décision qui a une force d'atteindre des faits qui ne se sont pas encore produits dans le monde réel, n'est pas un *jugement*, mais elle acquiert le caractère d'une normativité abstraite: c'est une loi matérielle.

Ce serait une bonne idée... si nous étions gouvernés par des législateurs juges ; mais, au contraire, au Brésil nous sommes sous une démocratie dans laquelle les juges, chacun d'entre eux, y compris ceux de la Cour Suprême — qui n'ont jamais reçu un seul vote populaire — sont les moins qualifiés pour faire des lois générales et abstraites en dehors des hypothèses qui lui sont réservées par la Constitution. Que la Cour Suprême puisse expédier des décisions de contrôle de constitutionnalité des lois (et donc, directement ou indirectement, qu'elle ait le pouvoir de dire ce que ces lois signifient et ce qu'elles ne veulent pas ou ne peuvent pas dire), et que la Cour Suprême, et pas une autre quelconque, puisse expédier des règles obligatoires et des ordres génériques et abstraits à la nation (et donc légiférer directement ou indirectement sur la façon dont les tribunaux inférieurs devront décider des cas qu'y seront inclus) — tout cela n'est qu'une grave exception, que l'on permet seulement pour deux raisons: d'un côté, la Constitution l'autorise expressément en des hypothèses restreintes; d'autre, même dans ces circonstances exceptionnelles, les juges de la Cour Suprême ne peuvent pas légiférer comme s'ils étaient des parlementaires élus, car ils ne peuvent qu'émettre des décisions générales et abstraites pour freiner les actions ou réagir aux omissions des législateurs sous-constitutionnels tant qu'elles soient offensives à la Constitution.

Dans toutes ces années, cependant, les ministres de la Cour Suprême ont déjà donné d'abondants exemples de céder avec naturalité et goût à la tentation omnipotente parce que sans contraste au-dehors de la Cour elle-même, de faire des lois abstraites et générales. Il y a d'innombrables exemples, mais on pourrait invoquer ici quelques-uns, comme lorsqu'ils ont légiféré pour permettre l'avortement jusqu'au troisième mois de grossesse (HC n. 124.306-RJ), ou lorsqu'ils ont expédié la « *súmula* » n. 394-STF, qui a assuré une compétence d'accord la prérogative de fonction à ceux qui n'avaient plus aucune fonction, ou quand ils ont créé la « *súmula vinculante* » n. 11, qui a innové dans le système juridique concernant l'utilisation de menottes, ou quand ils ont donné au procureur général de la République le pouvoir qu'il n'a pas de décider le conflit de compétences entre les procureurs des États-membres et ceux-là du Parquet fédéral (ACO n. 924 et 1394, et Pet. n. 4706 et 4863)... Entre autres, ces décisions ont

créé une normativité abstraite sans aucune loi qui les appuie. Si les ministres de la plus haute Cour, malgré le présupposé constitutionnel de leur notable savoir juridique, ont facilement dépassé avec douceur la limite qui leur était réservée par la Constitution, il faut penser ce que ne feront les autres ministres et juges de tous les tribunaux du pays, à partir d'aujourd'hui, dans leur débordant activisme ou pro-activisme judiciaire, maladroitement autorisés par le Code de Procédure Civile...

Nous ne devons pas accepter l'argument selon lequel, dans les pays de la *common law* et dans d'autres pays européens, le système de *stare decisis* pourrait découler naturellement sans aucun changement constitutionnel. Dans les états de base juridique coutumière ou dans ceux autres dotés de différents systèmes juridiques, les solutions peuvent être dissemblables du nôtre. La base du droit brésilien est la Constitution, et tout ce qui ne s'y conforme pas ne peut jamais se tenir debout. Et parmi les activités du Pouvoir Judiciaire, sauf les exceptions constitutionnelles expresses, il ne s'insère pas la tâche de légiférer.

D'un autre côté, l'expérience de suivre servilement la jurisprudence de nos plus hautes Cours n'a pas été toujours aussi bonne. Parfois ce sont les plus hautes Cours qui finissent par suivre le bon exemple des tribunaux ou des juges inférieurs... Par exemple, il faut rappeler le *Plan Collor*. Un jour, un président de la République s'est éveillé en croyant qu'il avait le droit de rompre l'ordre constitutionnel, et il a bloqué, du jour au lendemain, tous les actifs financiers du pays! Lorsqu'immédiatement les plus hautes Cours du pays ont pris contact avec cela, elles n'ont rien empêché. Qui a résolu le problème? Pas les plus hautes Cours, mais oui les juges singuliers dans tout le pays. Ceux-ci ont décidé, ceux-ci ont fait les précédents et la jurisprudence. Quelques années plus tard, lorsque l'affaire s'est présentée de nouveau à la Cour Suprême, Collor n'était pas encore le président, le problème était déjà réglé, et la Cour Suprême a décidé héroïquement que le blocage des actifs financiers était inconstitutionnel. Qui a fait la jurisprudence? Ce fut la Cour Suprême? Ce fut la Cour Supérieure? Mais les juges inférieurs du pays. Prenons un autre exemple, pour montrer ce qui se passe quand on laisse aux tribunaux-mêmes de réexaminer leurs erreurs. Invoquons de nouveau la « *súmula* » n. 394-STF. Au début d'avril 1964, sitôt installé le coup d'État militaire qui s'est proclamé comme une Révolution, la Cour Suprême a jugé que la compétence pour prérogative de fonction devrait subsister même s'il n'y avait pas plus de fonctions, c'est-à-dire, si une autorité avait commis un crime tandis qu'elle était bénéficiaire du droit d'être jugée par un tribunal spécial, alors cette compétence serait maintenue même après que ses fonctions auraient cessé... Alors, les ministres de la Cour Suprême avaient créé une *compétence pour prérogative de fonction... sans fonction...* Ce non-sens, entièrement contraire aux principes républicains, a duré peu de temps... il a été révoqué par la Cour même... seulement 35 ans plus tard!... Dans une autre affaire, après que la Cour Suprême n'avait pas été capable de décider toute-seule à propos de la validité ou non de l'empêchement de l'ancien président Collor, elle a convoqué trois ministres de la cour immédiatement inférieure, qui, ceux-ci, ont effectivement décidé la plus haute question qui n'avait jamais été soumise à la plus haute Cour constitutionnelle du pays: s'il était valide ou non la seule destitution, jusque-là, faite conformément aux exactes règles de la Constitution, d'un président de République élu par vote direct de la population...

Eh bien, ce nouveau système du Code de 2015, qui interdit les juges d'émettre une jurisprudence contraire à celle des tribunaux et de les rendre obligés prospectivement à obéir aux décisions des juridictions supérieures, au même temps qu'il contient de graves vices de constitutionnalité, n'est pas même, sous l'aspect pratique, la meilleure solution, car souvent ce sont les juges inférieurs qui ont raison, pas les tribunaux supérieurs; et quand ceux-là commettent des erreurs, il y a toute une chaîne de recours pour les corriger. Toutefois, si nous ne laissons qu'aux tribunaux de révoquer leur propre jurisprudence, cela peut nous coûter de mornes décennies, et les citoyens ne disposent pas des mécanismes simples pour surmonter ces positions, surtout maintenant que tous les juges inférieurs seront docilement obligés à suivre la commode et sûre jurisprudence des tribunaux auxquels ils sont liés... Mais si, au contraire, nous maintenons leur indépendance, les juges locaux pourront mieux prendre en compte, avec sagesse et pertinence, les particularités des cas concrets, grâce à leur contact direct avec les parties. Si l'on sacrifie leur indépendance, nous fanerons l'évolution du droit et nous ferons perdre l'autonomie des juges, qui, dans la plupart des cas, est supérieure à celle des plus hautes juridictions, dont la composition est politique, souvent faite avec des insertions et des décisions de caractère de politique partisane. En effet, différemment des tribunaux des États-membres qui sont composés essentiellement de juges de carrière approuvés dans un concours public, c'est précisément dans les plus hautes Cours fédérales que la composition de leurs membres est faite sans aucun concours, seulement par des critères politiques et même partisans, ce qui affecte souvent leurs décisions.

Enfin, il n'y a aucune similitude entre les situations créées par le Code de 2015 et l'hypothèse déjà existante dans la législation antérieure, qui permettait le jugement conjoint des recours qui avaient une répercussion générale (Amendement constitutionnel n. 45/2004 et Loi n. 11418/2006). Conformément à la législation précédente au Code de 2015, les décisions proférées dans les recours avec répercussion générale ne devraient s'appliquer qu'à d'autres *recours* déjà admis et qui partageaient la même thèse. Désormais, non. D'après le Code, si la Cour Suprême, si la Cour Supérieure de Justice, si une Cour fédérale ou d'un État-membre émet une décision abstraite et générale, cette décision résout et les recours pendants et tous les autres cas, soient ceux déjà proposés au Judiciaire, soient des cas futurs qui ne sont pas l'objet d'un procès, ou, pire encore, même les cas *qui ne sont encore pas arrivés* !

Eh bien, la tâche d'imposer une norme pour régler des événements futurs est de la loi, pas d'une décision des juges ! Dans une démocratie, créer une règle avec des effets généraux et abstraits envers toute une population pour prévoir des situations futures, ce n'est possible de faire que moyennant une activité légiférante de collaboration entre les Pouvoirs Législatif et Exécutif, à travers leurs organes élus directement par le peuple, dans sa libre décision. Voilà pourquoi même les précédents obligatoires et les décisions de contrôle de constitutionnalité qui peuvent être émises par la Cour Suprême, comme elles sont des exceptions, ont nécessité d'une autorisation constitutionnelle.

L'effet obligatoire des précédents, apporté par Code de Procédure Civile brésilien de 2015, n'est qu'une jurisprudence défensive pour décharger les tribunaux; il ne vise pas à améliorer la prestation de la justice au Brésil, parce que ce n'est pas en déchirant la Constitution que l'on atteint cet objectif.