

RAPPORT BRÉSILIEN

par

Gustavo TEPENDINO

Professeur de Droit civil de la Faculté de droit de l'Université de l'Etat de Rio de Janeiro (UERJ)

et

Anderson SCHREIBER*

Professeur de Droit civil de la Pontificia Universidade Católica de Rio de Janeiro (PUC – Rio).

Les minorités dans le Droit civil brésilien

SOMMAIRE : 1. Minorités et vulnérabilité. L'interdiction de la discrimination dans l'ordonnement constitutionnel. 2. Les minorités dans les sociétés et les associations. Droit de retrait et d'exclusion. Autres droits des associés minoritaires. Les sociétés dans le nouveau Code civil. Abus des normes de défense par les associés minoritaires. 3. Minorités religieuses. La transfusion de sang pour les Témoins de Jéhovah. La liberté de culte et le droit à la vie. Pratiques institutionnelles discriminatoires. 4. Minorités sexuelles. Préjugé public et privé. Union stable entre homosexuels. Le transsexualisme et le registre civil. L'Adoption par des homosexuels. 5. Conclusion. Non-discrimination et action affirmative au Brésil.

1. Minorités et vulnérabilité. L'interdiction de la discrimination dans l'ordonnement constitutionnel.

La nécessité de la protection des minorités contre l'oppression des majorités découle presque intuitivement de l'idée de justice. Toutefois, dans un pays comme le Brésil, où seulement 1% de la population détient près de 53% des ressources financières, tandis que plus de trois quarts des brésiliens vivent dans la pauvreté¹, il est très facile de percevoir que les minorités

* Les auteurs manifestent leur reconnaissance à l'étudiante Milena Donato Oliva, boursière de la "Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ" en raison du profond travail de recherche qu'elle a réalisé.

¹ Données présentées par Emir Sader, "Fim de Milênio: um balanço do século XX", Fundação Planetário, Universidade Aberta (octobre-1997). Il faut ajouter que d'après une recherche récente réalisée par l'IPEA – Instituto de Pesquisa Aplicada), près de 23 millions de brésiliens se trouvent au dessous du seuil de pauvreté, c'est-à-dire ils ne possèdent pas le revenu quotidien nécessaire pour acheter la quantité minimum d'aliments pour assurer leur

peuvent être opprimantes et les majorités opprimées. Pour cette raison, l'infériorité numérique, qui est à la base du concept de minorités, ne peut pas être considéré comme un critère valide dans une analyse juridique. Les préoccupations du droit ne s'adressent pas – et ne pourraient pas le faire – aux groupes numériquement inférieurs, parce que cette condition, à elle seule, ne suffit pas à attirer n'importe quelle forme de protection différenciée de la part de l'ordonnement juridique.

Le terme *minorité* doit être réservé aux groupes sociaux qui, indépendamment de leur amplitude quantitative se trouvent qualitativement en situation d'infériorité, en raison de facteurs sociaux, techniques ou économiques. C'est d'ailleurs l'acception que les spécialistes d'autres sciences sociales attribuent également au terme, en se référant aux minorités comme des groupes soumis à la domination d'autres groupes prévalents.² Il est commun d'inclure dans le concept l'impossibilité ou la difficulté d'exercer le droit de citoyenneté, l'incapacité de défendre de façon efficaces ses propres intérêts et la soumission devant l'autorité, le contrôle et le pouvoir des autres. En synthèse, la vulnérabilité est le critère central pour la définition et l'identification des minorités³

Il n'existe, dans l'ordonnement civil-constitutionnel brésilien aucune norme générale expresse de protection aux minorités. Une telle norme générale n'est d'ailleurs pas recommandable car chaque minorité possède des caractéristiques et des particularités propres, ce qui justifie un traitement différencié de la part du Pouvoir public. La Constitution brésilienne de 1988 consacre le principe de la solidarité sociale qui impose, comme objectifs fondamentaux de la République, la construction d'une société libre, juste et solidaire (Art. 3, I); l'éradication de la pauvreté et de la marginalisation et la réduction des inégalités sociales et régionales (art. 3, III); et la promotion du bien de tous, sans préjugés d'origine, de race, de sexe, de couleur, d'âge ni d'autres formes de discrimination (Art. 3, VI). De cette table axiologique est extrait l'impératif de protection aux minorités, y compris et surtout dans les relations privées où le déséquilibre entre les parties ne trouve aucune justification dans l'intérêt collectif.

Mais la tutelle des minorités ne doit pas être confondue avec l'interdiction de traitement discriminatoire. Le principe de la solidarité sociale et la nécessité de protection des plus vulnérables interdisent, sans aucun doute, toute forme de discrimination non justifiée, de préjugés ou

subsistance. Sur ce thème, voir "Le paradoxe de la misère" reportage de Ricardo Mendonça, publié dans la revue "Veja", édition du 23.1.2002, pages 82-93.

1 Voir Gabi Wucher, *Minorias: Proteção Internacional em prol da Democracia*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 78.

2 Quelques auteurs rappellent l'existence d'une distinction, non adoptée ici, entre minorités et groupes vulnérables. Cf. Elida Séguin, *Minorias e Grupos Vulneráveis: Uma Abordagem Jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.

3 L'article 4, I, du Code de défense du consommateur (Lei 8.078, de 11.9.1990) établit comme principe de la Politique nationale des relations de consommation, la reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur dans le marché de consommation". Sur ce thème, qu'il nous soit permis de renvoyer à Gustavo Tepedino, "Contratos de Consumo no Brasil", [données].

d'intolérance. Mais au contraire de ce l'on pourrait croire à première vue, la tutelle des minorités est, ou doit être plus étendue. Les préjugés et la discrimination ne sont que quelques unes des possibles conséquences de la vulnérabilité. Il y a même des cas où la discrimination proprement dite n'est pas visible, mais où la vulnérabilité est flagrante, comme dans les relations de consommation.

Il existe, d'autre part, des situations où l'ordonnancement interdit spécifiquement la discrimination, et où les tribunaux assurent un traitement égalitaire, mais où cela ne semble pas suffisant pour éliminer la vulnérabilité. Regardons, à titre d'exemple, la question raciale au Brésil. L'article 5, XLII de la Constitution, caractérise le racisme comme crime imprescriptible, sans droit à caution, et sujet à la peine de réclusion. La législation ordinaire régit pleinement cette disposition, en établissant une série de conduites typiques et leurs sanctions respectives (Loi no 7.716, du 5.1.1989). Les tribunaux ont été, de façon réitérative, appelés à régler des conflits raciaux, aussi bien dans la sphère pénale que dans le domaine civil.⁴ Et en dépit de l'ample répression à la discrimination raciale, force est de constater que la vulnérabilité de la minorité (*rectius*: majorité) persiste, car elle est liée à des facteurs sociaux et économiques d'origine historique. Les noirs continuent d'être la minorité absolue sur les bancs d'écoles, dans les universités, dans la direction des grandes entreprises et dans le Congrès national.

Il convient donc de se demander, face à cela, si l'effective tutelle des minorités – dans l'exemple cité, raciales – doit s'épuiser dans l'interdiction du traitement discriminatoire, où, si au contraire, il n'y a pas lieu d'exiger justement des autorités publiques un traitement différencié, une protection légale positive au moyen de l'institution de politiques publiques visant réduire le déséquilibre entre ceux qui sont confirmés plus vulnérables et les autres groupes sociaux. Cette mise en question correspond au débat sur ce qui est appelé "action affirmative", proposition qui ne peut pas être considérée en termes abstraits et qui passe nécessairement par une analyse soignée des particularités concrètes auxquelles fait face chacune des minorités que l'on souhaite protéger.⁵

4 L'invocation du racisme dans certains cas atteint l'exagération. Voir la demande 1.937/DF, j. 1.10.2001, Rapporteur Min. Sydney Sanches, ou des représentants de l'Association brésilienne de noirs progressistes – ABNP, voyait une pratique du racisme dans une campagne publicitaire réalisée, en février 2000, par le Ministère de la Santé contre la dissémination du SIDA. Dans cette campagne, une jeune actrice noire qui jouait le rôle d'une femme contaminée par le virus véhiculait un message "Je demande à mon dernier partenaire de faire un examen". Le Ministère public fédéral a demandé le classement de l'affaire en raison de la nature non-typique de la conduite, demande qui a été reçue par la Cour suprême (Supremo Tribunal Federal).

5 Sur ce thème, cf. Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. L'auteur définit les actions affirmatives comme "un ensemble de politiques publiques et privées, de nature obligatoire, facultative ou volontaire, conçues en vue de la lutte contre la discrimination raciale, de genre ou d'origine nationale, et pour corriger les effets présents de la discrimination pratiquée dans le passé, et ayant pour but

Dans le but de présenter un portrait fidèle du traitement dispensé aux minorités au Brésil, nous passerons à l'examen de l'ordonnancement positif et des cas paradigmatiques relatifs aux groupes minoritaires, tout particulièrement en ce qui touche les minorités dans les sociétés et les associations, les minorités religieuses et les minorités sexuelles.

2. Les minorités dans les sociétés et les associations. Droit de retrait et d'exclusion. Autres droits des associés minoritaires. Les sociétés dans le nouveau Code civil. Abus des normes de défense par les associés minoritaires.

Les minorités sont, en règle générale, vulnérables. Leur vulnérabilité découle du fait qu'elles ne participent pas au contrôle et à la gestion de la société ou de l'association qu'elles intègrent. Certes, la vulnérabilité dans ces cas assume des formes moins dramatiques car elles résultent d'une position occupée dans un groupement sociétaire, et non pas d'une particularité inhérente à la personnalité humaine, comme la race, la croyance ou l'option sexuelle. Tandis que la protection des minorités sexuelles, raciales et religieuses se fonde sur la tutelle de valeurs existentielles, exigée par le principe de la solidarité sociale et par la propre garantie de la dignité de l'homme. (art. 1^{er}, III), la tutelle des minorités sociétaires surgit d'une vulnérabilité qui est essentiellement économique ou politique, représenté par le manque de pouvoir effectif de contrôle des actes sociétaires. Les minorités sociétaires ne sont pas victimes de l'intolérance, de la discrimination, du préjugé. Ses marques ne sont pas visibles, son identification ne produit pas d'intolérance; son oppression ne se fait que par l'intermédiaire de l'abus de pouvoir économique ou politique de la part des factions qui contrôlent la société ou l'association. Toutes ces raisons ne sont pas suffisantes pour que les minorités sociétaires ne requièrent pas de protection juridique à partir de leur vulnérabilité.⁶

Le problème de l'abus envers les minorités dans les groupements sociétaires est traditionnellement laissé à la charge du Droit commercial. La réglementation laconique des associations et des sociétés civiles par le Code civil de 1916 ne permettait aucune référence à la protection de ceux dont le pouvoir de participation aux décisions politiques de la société est plus faible. Ce n'est que par le biais du Droit commercial que ces normes de protection aux associés minoritaires sont entrées dans le droit brésilien.⁷

la concrétisation de l'idéal d'accès égalitaire effectif au biens fondamentaux, comme l'éducation et l'emploi" (op.cit., p.40).

6 Il existe d'autres exemples de vulnérabilité en raison de position économique protégée par le droit brésilien. Parmi ceux-ci le cas des consommateurs (Code de défense des consommateurs) et des locataires d'immeubles urbains (loi n° 8.245, du 18.10.1991)

7 " Si l'introduction du principe majoritaire dans les délibérations sociales, particulièrement celles qui se réfèrent au contrat social a, d'une part, répondu aux justes demandes contre l'immobilisation de la société, laquelle, en se prolongeant dans le temps, devra s'adapter aux nouvelles situations, ce qui était empêché par la règle de l'unanimité en général, elle a fait prévaloir l'omnipotence de la majorité, qui est devenue toute-puissante par rapport à la

Ainsi, le décret 3.708, du 10 de janvier 1919 qui régit les sociétés à responsabilité limitée a assuré, dans son article 15, le droit au retrait (récession) de l'associé qui s'oppose à la modification du contrat social avec remboursement de la somme correspondante à sa part du capital.⁸ Le droit de se retirer de la société et d'être remboursé du montant correspondant à la participation à la société a été également assuré par l'article 137 de la loi 6.404 du 15 décembre 1976, qui régit les sociétés anonymes. La valeur de ce remboursement doit être aussi proche que possible de la valeur réelle des actions, comme l'a déjà décidé le "Superior Tribunal de Justiça" (Cour de cassation brésilienne).⁹

Un autre mécanisme du droit de retrait est ce que l'on appelle le droit d'exclusion, c'est-à-dire le droit que tout associé possède d'exclure de la société l'associé qui agit au détriment de la personne morale. Il est usuel, dans la vie sociétaire, que les associés majoritaires excluent d'éventuels minoritaires par délibération de la majorité. Rien n'empêche, cependant, que les associés minoritaires exercent le droit d'exclusion contre l'associé contrôleur qui abuse de ses pouvoirs ou que porte préjudice à la société.¹⁰ Dans le même sens, l'exercice du droit d'exclusion contre les associés minoritaires n'est actuellement admis par les tribunaux que lorsque qu'il est

minorité. Des mécanismes pour freiner le pouvoir de la majorité n'ont pas tardé à surgir, parmi lesquels on peut faire ressortir l'institution du droit de retrait du dissident de la délibération; l'institution d'un quorum minimum pour le vote de certaines matières; la création de la doctrine *ultra vires societatis*; la transformation de certains droits des associés en droits intangibles, non modifiables; le contrôle de la gestion sociale. (José Waldecy Lucena, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 3^e ed., pages. 563-564).

8 "Art. 15. Les associés qui s'opposent à la modification du contrat social auront le droit de se retirer de la société, en obtenant le remboursement de la somme correspondante à leur capital, proportionnellement au dernier bilan approuvé. (...)".

9 Il n'est ni juridiquement acceptable ni moralement justifiable que l'actionnaire dissident soit obligé d'accepter l'offre de la majorité, surtout lorsqu'il s'agit d'une offre dérisoire. (...) quant au paiement de la valeur des actions découlant du retrait, il est certain que celui-ci, par le fait de représenter des intérêts économiques mesurables, pour être juste, en évitant ainsi l'enrichissement de la société au bénéfice de la majorité, et l'appauvrissement de ceux qui se retirent de la société, la minorité, devra correspondre aux valeurs du patrimoine sociétaire proches autant que possible de la valeur réelle et non pas à la valeur historique ou bien à des valeurs simplement symboliques portées sur les livres comptables. ." (STJ, Recurso Especial 51.655/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 3.12.1996).

10 "À partir du moment où le fondement pour exclure l'associé n'est plus l'autonomie de la volonté, n'est plus une délibération sans contrôle, sans cause juste, au moment où ce fondement est trouvé, enfin, en dernière analyse, dans la préservation de l'entreprise affectée par la conduite irresponsable d'un associé, il ne me semble pas que nous devons persister à maintenir encore la majorité comme l'arbitre de la situation." (Fábio Konder Comparato, in *Revista de Direito Mercantil*, v. 25, 1997, pp. 47-48). Dans le même sens, José Waldecy Lucena: " Quoique, comme nous l'avons déjà dit, la majorité soit, en règle générale, la *melior pars*, cela ne signifie pas que cette majorité soit confondue avec la société, car des conflits découlant d'intérêts antagoniques peuvent surgir entre les deux. Et si, dans cet entrechoquement d'intérêts, les majoritaires prennent des chemins indus, à la recherche de leur propre profit, et de cette manière, en pratiquent des actes caractérisant la juste cause, ceux-ci pourront être exclus par les minoritaires. (opus cit.. cit., pp. 642-643).

supporté la loi ou par le contrat social. C'est ce que l'on peut voir dans le résumé suivant.

"Les associés ne peuvent pas obliger les autres associés (majoritaires ou non) à vendre leurs cotes de société à responsabilité limitée. De la même façon, même s'ils sont majoritaires, ils ne pourront pas en vertu d'une délibération simpliste, exclure les minoritaires sans l'appui de la loi ou du contrat, dissoudre la société en leur faveur." (TJRJ, Appel Civil 1997.001.07443, Rapporteur. Juge. Maria Stella Rodrigues, 12.3.1998).

Outre les droits de retrait et d'exclusion, la Loi 6.404 assure aux actionnaires minoritaires une série d'autres droits, parmi lesquels l'exigence d'unanimité pour l'adoption de certaines matières, le droit d'avoir une représentation au sein du Conseil de surveillance de la société, le droit d'exiger l'exhibition intégrale des livres de la société, et le droit à des dividendes minimums obligatoires.¹¹ La législation brésilienne assure de façon ample, comme on le voit, la protection aux associés minoritaires, particulièrement dans les sociétés anonymes.¹²

Quoique traditionnellement affecté au Droit commercial, le problème de l'abus contre les associés minoritaires sera sous peu, inséré dans les préoccupations de la doctrine civiliste. Le nouveau Code civil brésilien (Loi 10.406, du 10.1.2002), qui entrera en vigueur en janvier 2003, pour répondre à des anciennes prétentions de réunification du droit privé, a réglementé, dans un livre appelé "Do Direito da Empresa" (Du droit de l'entreprise) des sociétés typiquement commerciales, comme c'est le cas des sociétés en compte de participation, (arts. 991 a 996), en nom collectif (articles 1.039 a 1.044), à risque limité (articles. 1.052 a 1.087), en commandite par actions (articles 1.090 a 1.092). Même les sociétés anonymes ont reçu une mention expresse dans le nouveau Code civil (arts. 1.088 a 1.089) quoiqu'elles soient régies principalement par une loi spéciale.

On abandonne ainsi la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales, et le nouveau code civil devient un instrument normatif important pour le règlement des différends sociétaires. Mais, et cela montre que ce code n'est pas encore préparé à jouer son rôle, le nouveau code ne prévoit de normes pour la protection des minorités sociétaires que par rapport aux sociétés à risque limité et aux sociétés anonymes (e.g.: 1.066, §2°). Les minorités des autres types de sociétés ne bénéficient pas de protection légale.

Soit dans la perspective du droit civil, soit dans la perspective antérieure du droit commercial, il faut réitérer que le critère et la mesure pour la protection des associés minoritaires doit toujours être la vulnérabilité,

11 "La loi actuelle sur les sociétés anonymes a assuré au minoritaire une garantie de la plus grande importance – les dividendes obligatoires – ce qui évite la pratique, fréquente dans le passé, de maintenir la totalité des bénéfices dans le compte de réserves." (José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 5^a ed., p. 319).

12 Pour une énumération précise des droits octroyés à l'actionnaire minoritaire par la Loi 6.404/76, voir Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo: Saraiva, 1998, 2^a ed., pp. 294-295.

14 STJ, Recours Spécial 197.329/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 2.2.1999.

c'est-à-dire, la possibilité pour l'associé minoritaire, de subir un préjudice injuste en raison de sa position non dominante dans la société. Les tribunaux brésiliens ont décidé que l'exercice des droits conférés par la loi à l'associé minoritaire à d'autres fins que la protection de celui-ci contre les abus possibles de l'actionnaire ou de l'associé contrôleur, ne sera pas admis.

Un exemple intéressant est celui d'un certain acheteur d'actions qui a cherché à exercer son droit de retrait et à obtenir le remboursement des actions qu'il avait achetées – à une valeur supérieure au prix d'achat – sous l'allégation de discordance par rapport aux modifications introduites dans les statuts de la société, en dépit du fait que ces changements avaient été annoncés avant l'opération. La cour de cassation brésilienne a entendu qu'il n'y avait, de la part de l'actionnaire dissident, qu'un simple désir d'obtenir des gains spéculatifs, et lui a refusé le droit de retrait, qui dans ce cas ne servait pas à la protection de la vulnérabilité.¹³

Mus par des raisons similaires, les tribunaux ont considérés de façon réitérative, que la condition d'associé minoritaire n'est pas, à elle seule, suffisante pour éloigner la responsabilité civile ou criminelle.¹⁴

3. Minorités religieuses. La transfusion de sang pour les Témoins de Jéhovah. La liberté de culte et le droit à la vie. Pratiques institutionnelles discriminatoires.

Un sondage récemment réalisé a révélé que 99% des brésiliens croyaient en Dieu ou possédaient une forme quelconque de religion.¹⁵ Ce résultat est impressionnant, même si l'on tient compte du contingent d'adeptes simplement formels ou de personnes religieuses non pratiquantes. Le niveau très élevé de syncrétisme religieux, élément historique de la formation du peuple brésilien, n'est pas un obstacle à la reconnaissance du catholicisme comme religion majoritaire.¹⁶ À l'occasion du recensement de 1991, 83,3% des brésiliens se sont déclarés catholiques. Quoique ce pourcentage ait subi une certaine réduction en vertu du phénomène de l'expansion des cultes évangéliques, le Brésil est encore le plus grand pays du monde en nombre d'adeptes du catholicisme. Une estimation récente calculait pour l'année 2001 que près de 80% des brésiliens étaient catholiques.¹⁷ Des 20% restants, 13% étaient évangéliques (protestants), et 7% seulement correspondaient à la partie de la population non religieuse ou

13 STJ, Recurso Especial 197.329/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 2.2.1999.

14 V. STJ, Habeas Corpus 11.831/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 27.6.2000.

15 Sondage réalisée par l'Institut Vox Populi. Résultat divulgué dans un reportage de Jaime Klintonowicz, "Um povo que acredita em Deus" (Un peuple qui croit en Dieu) publié dans la revue *Veja*, édition du 19.12.2001, pages 124 et suivantes.

16 L'influence réciproque des cultes est une caractéristique marquée de la religiosité du peuple brésilien. "Ainsi, il est commun de voir quelqu'un qui se dit catholique formuler trois souhaits en attachant à son poignet un ruban de Notre Seigneur du Bonfim et fréquenter, en plus, un centre spirite. (...) Les pratiquant du candomblé croient, d'une façon invariable aux saints de la religion catholique." ("Um povo que acredita em Deus", cit., p. 126).

17 Ibidem.

adepte d'autres doctrines comme le spiritisme kardeciste et ou le candomblé.¹⁸

L'état brésilien n'a pas de religion officielle et la Constitution de la République assure, dans son article 5, VI, la liberté de croyance et le libre exercice de cultes religieux. Le n°. VII du même article dispose que "personne ne sera privé de ses droits par motif de croyance religieuse (...), à moins qu'il ne l'invoque pour se soustraire aux obligations légales imposées à tous et se récuser à accomplir une prestation alternative, fixée dans la loi". En plus d'interdire la discrimination, la Constitution assure la protection aux locaux de réalisation de cultes et leurs liturgies (art. 5°, VI partie finale) et la prestation d'assistance religieuse dans les organismes civils et militaires d'internement collectif (art. 5°, VII).

L'abondance de normes constitutionnelles n'a pas constitué un obstacle pour que la liberté de cultures des minorités religieuses soit sacrifiée au nom de valeurs réputées supérieures par la majorité. Un des cas emblématiques et polémiques est celui de la transfusion de sang pour les Témoins de Jéhovah, religion qui interdit de recevoir le sang d'une autre personne. La résolution n° 1.021, émise par le Conseil Fédéral de Médecine, du 26 septembre 1980, a traité justement du problème des transfusions de sang destinées aux Témoins de Jéhovah, en concluant expressément :

"En cas de refus de permission pour réaliser une transfusion de sang, le médecin, en obéissant à son Code d'Ethique Médicale, devra observer la conduite suivante :

1 – S'il n'y a pas de risque imminent à la vie, le médecin respectera la volonté du patient ou celle de ses responsables.

2 – S'il existe un risque imminent de mort, le médecin pratiquera la transfusion de sang indépendamment du consentement du patient ou de ses responsables."

En s'appuyant sur la norme du Conseil Fédéral de Médecine, les médecins administrent un sédatif au patient pour réaliser une transfusion sanguine forcée et les tribunaux brésiliens ont entériné cette conduite, en argumentant que la santé et la vie sont des valeurs indisponibles et supérieures à la liberté de culte.¹⁹ Cette orientation semble, cependant être erronée.

La Constitution de 1988 a élevé au sommet de l'ordonnancement juridique brésilien la protection à la personnalité humaine sous ses multiples aspects. Alléguer que la liberté à la religion doit être sacrifiée en faveur du droit indisponible à la vie revient à méconnaître que la liberté de religion est

18 Ibidem.

19 Voir entre autres, la décision du TJSP, Recours civil N° 264.210-1/9, Rapp. juge Testa Marchi, 1.8.1996: "face à un état de fait qui expose l'actualité et le caractère inévitable de la réalisation des actes ci-dessus (transfusion de sang), pour sauver la vie du patient, lequel n'offre au médecin aucune alternative, celui-ci ne commettra aucun acte illicite puisque rien n'interdit son intervention, indépendamment de la volonté ou non du malade, même en raison de questions religieuses. La protection à la santé est un devoir de L'État, et les actions et services de santé, même lorsque leur exécution est réalisée par une personne physique".

un aspect fondamental et également indisponible de la personnalité. Et si le patient ne peut pas disposer de celle-ci, le médecin moins encore. La personnalité est tout un complexe dont font partie la vie et la liberté de culte. Le médecin ne peut donc pas, en agissant abstraitement et selon sa propre culture, abandonner une garantie en faveur d'une autre. Seul le patient peut, dans ces cas, évaluer lequel des aspect est "plus fondamental" pour sa personnalité.²⁰

En employant d'autres arguments, Celso Ribeiro Bastos arrive à la même conclusion, " Lorsque l'État prend la détermination de réaliser la transfusion sanguine – occurrence phénoménique qui ne peut pas être renversée – il devient clair que cela violente la vie privée et l'intimité des personnes sur le plan de la liberté individuelle."²¹ Ce constitutionnaliste rappelle qu'il faut également faire attention à l'effet pratique d'admettre la transfusion forcée, c'est-à-dire l'aversion au traitement médical officiel par les témoins de Jéhovah et par les intégrants de groupes religieux minoritaires, craignant d'être violés dans ce qu'ils possèdent de plus intime : leur foi.

La reconnaissance et le respect à la religion (et à la non-religion) de chaque individu s'imposent, donc, comme un aspect fondamental de sa personnalité, et, en tant que tels, doivent être à l'abri de toute intervention forcée. Ce n'est que par cette garantie, que l'on pourra parler d'une effective liberté de religion, qui observe la riche multiplicité de la société brésilienne, et qui protège les minorités religieuses du jugement prétendument "plus civilisé" des majorités.

D'ailleurs, l'idéologie de majorités s'est rendue présente, d'une façon presque implicite dans le domaine des coutumes privées et des pratiques institutionnelles. Des mécanismes quotidiens comme les horaires de fonctionnement des établissements publics, la tenue exigée dans certaines situations sociales, les cérémonies civiques, le menu des réfectoires publics, les normes de comportement dans les entreprises privées et les institutions d'éducation, ne sont pas adaptés aux nécessités fondamentales des religions minoritaires – non seulement celles qui divergent du catholicisme, mais également le catholicisme lui-même dans ces acceptations moins flexibles. Un exemple paradigmatique est celui d'une religieuse dont l'inscription électorale n'a pas été acceptée parce qu'elle n'avait pas accepté d'être photographiée sans la coiffe réglementaire de l'habit de son ordre religieux. La polémique est arrivée au Tribunal supérieur électoral, qui a ordonné l'inscription, en argumentant que "le portrait en habit religieux et la coiffe

20 S'il n'y a pas d'empêchement, les médecins sont tenus par le Conseil fédéral de médecine de réaliser des transfusions en cas de risque de mort. En ce qui concerne ces aspects et d'autres liés à la responsabilité médicale dans le droit brésilien, qu'il nous soit permis de renvoyer à Gustavo Tepedino, "La responsabilité médicale dans l'expérience contemporaine", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, Rio de Janeiro: Padma, avril/juin 2000, pages. 41-75.

21 Celso Ribeiro Bastos, "Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas", in *Revista dos Tribunais*, v. 787, maio 2001, p. 501

que les religieux utilisent selon les règles de leur ordre, au lieu de contrarier les objectifs de la loi électorale contribuent en fait, à mieux identifier ces électeurs" (TSE, Résolution 5389, Rel. José Duarte Gonçalves, 28.12.1956).

La réorganisation spontanée des instruments de la vie civile pour répondre aux demandes des minorités est une tâche complexe, en raison même de la multiplicité de celles-ci sur le territoire brésilien. C'est aux tribunaux qu'il incombe, dans des situations concrètes de fournir une réponse agile à ces demandes, pour assurer la liberté effective de culte. C'est ce qu'a fait la Cour suprême, en relativisant les normes de suspension conditionnelle de la peine, en vue de permettre que le bénéficiaire fréquente des manifestations religieuses, même si celles-ci sont célébrées hors des temples et des locaux habituels de culte.²²

Un débat polémique a surgi dans l'état de Rio Grande do Sul lorsqu'un adepte de l'église adventiste du 7^e jour a sollicité aux tribunaux d'établir un horaire spécial pour la réalisation d'un concours public pour la magistrature, en raison du fait que sa religion interdisait les activités séculaires, de l'après-midi du vendredi, jusqu'au coucher du soleil du samedi. Même devant la règle rigide d'égalité qui régit les concours publics, le Tribunal a concédé une mesure provisoire permettant aux candidats de réaliser cet examen le samedi de 20 h 17 minutes à 24 heures.²³

22 STF, Appel extraordinaire criminel N°. 92.916/PR, Rapporteur. Min. Antonio Neder, 19.5.1981. Il faut toutefois rappeler que la même Cour a refusé, en avril 2001 une demande formulée par Tuvia Stern et Harry Drummer dans un procès d'extradition, en vue d'être autorisés, en raison de leur condition de juifs orthodoxes, à célébrer chez eux la manifestation religieuse correspondante aux Pâques catholiques. (STF, Extradicação 815/EU, Rel. Min. Moreira Alves, 6.4.2001).

23 TJRS, Mandat d'injonction N°. 7000.202.5906, Rapporteur. Juge Araken de Assis, 11.5.2001. La discussion de ce cas a été extrêmement controversée. Les votes dissidents ont suscité l'impossibilité de s'éloigner de l'intérêt public pour protéger la liberté de culte, le risque de briser l'égalité exigée dans le concours, et même la difficulté ressentie par le demandeur, face à son "radicalisme" religieux, d'exercer de façon adéquate la fonction publique souhaitée (magistrat), puisqu'il sera empêché d'apprécier des mesures d'urgence entre les après-midis des vendredis et le coucher de soleil des samedis, et ne pourra pas être totalement impartial dans les affaires d'avortement, de divorce et autres matières qui se heurtent à ses dogmes religieux. Le jugement final de l'affaire n'a pas été rendu, car le candidat n'a pas été reçu à la première étape du concours.

25 Sur le passage définitif de la religion du domaine public au domaine privé, l'étude de Maria Lucia Montes: "Jamais l'économie du symbolique n'avait semblé plus appropriée à l'explication du phénomène religieux au Brésil. Les signes de la transformation? L'évidente ampliation et diversification du marché de biens du salut. Les églises finalement gérées ouvertement comme de véritables entreprises. Les modernes moyens de communication de masse mis au service de la conquête des âmes. Des institutions religieuses, du point de vue de l'organisation, doctrinaire et liturgique semblent devenir extrêmement fragiles, plus ou moins livrées à l'improvisation *ad hoc* sur les systèmes de croyance fluides, en laissant aux fidèles la tâche complémentaire de ritualiser les pratiques religieuses et l'ensemble des valeurs spirituelles qu'elles supposent (...) Ainsi, la religion qui, au Brésil, pendant quatre siècles, sous la figure de l'Église catholique, a été indissociable de la vie publique, imbriquée dans la propre structure du pouvoir de l'État au moyen de l'institution du "padroado", semblerait s'incliner définitivement vers le domaine du privé, dépendant maintenant presque de façon exclusive des choix individuels" ("As Figuras do Sagrado", cit., p. 69).

Quatre siècles d'influence hégémonique de L'Église catholique sur l'état brésilien expliquent et rendent parfois difficile l'acceptation de pratiques religieuses distinctes de celles qui étaient déjà incorporées comme raisonnables dans l'inconscient collectif. L'éloignement du pouvoir public de toute forme de religion ne peut pas être interprété comme une impossibilité d'action du pouvoir judiciaire dans la défense de la liberté de culte et dans l'adaptation des mécanismes institutionnels de façon à répondre également aux demandes des religions minoritaires.

4. Minorités sexuelles. Préjugé public et privé. Union stable entre homosexuels. Le transsexualisme et l'état civil

L'image du Brésil comme pays pluraliste et tolérant, marqué par une franche liberté de coutumes s'est détériorée devant les indices de violence contre les homosexuels²⁴. Selon des statistiques non gouvernementales 130 meurtres ont été commis pendant l'année 2001 motivés par l'option sexuelle, ce qui représente la mort d'un homosexuel tous les deux jours, victime du préjugé et de l'intolérance.²⁵

Le texte constitutionnel réprime la discrimination fondée sur l'origine, sur la race, sur le sexe, sur la religion et, " sur toute autre forme de discrimination " (art. 3^o, IV). De la nature non taxative de cette disposition,²⁶ découle de façon non équivoque l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de chaque individu, déjà recommandée par le principe de la solidarité sociale qui s'oppose, par définition, à toute forme d'intolérance et de préjugé.

On ne peut pas dire, cependant, que l'interdiction constitutionnelle à la discrimination produise, en elle-même, une tutelle effective des groupes sexuels minoritaires au Brésil. Les homosexuels et les transsexuels ont été les victimes quotidiennes d'abus, non seulement en ce qui concerne les relations privées mais également devant les propres agents publics. La préférence homosexuelle a déjà servi de base pour l'exclusion d'un candidat de cours de formation des agents de la police fédérale et pour ne pas

24 Certains auteurs associent la répulsion à l'homosexualité à la religion et, plus particulièrement, à l'idée chrétienne que le sexe a été donné à l'homme comme instrument de reproduction. Voir Jeffrey Richards, *Sexo, Desvio e Danação – As Minorias na Idade Média*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993, p. 136: "On ne peut pas discuter réellement la posture de base de la chrétienté, en raison du fait que le sexe, d'après les enseignements chrétiens, n'a été donné à l'homme que pour des fins de reproduction, et pour aucune autre raison, toute forme d'activité qui ne conduise pas ou qui ne puisse pas conduire à la procréation était un péché contre la nature. Les péchés contre la nature englobaient spécifiquement la bestialité, l'homosexualité et la masturbation."

25 Les données se trouvent dans le rapport "Causa Mortis: Homofobia" organisé par Luiz Mott e Marcelo Cerqueira, avec l'appui de la Banque mondiale (BIRD), de l'Unesco et de la Kimeta Society du Canada. Le texte se trouve disponible sur le site www.ggb.org.br/causa_mortis.html visité le 9.4.2002.

26 Dans ce sens, TJRJ, App. Civil 2000.001.11460, 1.11.2000. La prohibition à la discrimination, a été donc traitée par le législateur constitutionnel sous la forme d'exemples. Les hypothèses sur son incidence, de ce fait, ne sont pas épuisées.

entendre un témoin dans un procès, ce qui est un exemple flagrant de préjugé institutionnel. Ces abus ont été d'ailleurs corrigés à la fin du procès par les tribunaux supérieurs.²⁷

Mais le pouvoir judiciaire n'a pas toujours corrigé les abus des pouvoirs publics par rapport aux traitements des minorités sexuelles. Une décision du Tribunal de cassation brésilien, par exemple, a entendu que " le contrôle policier de la circulation des homosexuels et des travestis se situe dans la sphère du pouvoir de police et répond aux exigences de l'ordre et de la sécurité publique, et n'est pas ainsi une contrainte illégale aux droits de locomotion " (ROHC 7.475/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 1.7.1998).

Parfois le préjugé part du pouvoir judiciaire lui-même et finit par être inséré explicitement dans la décision.²⁸ un cas exemplaire peut être cité à Rio de Janeiro, où un juge a proféré une décision se référant à l'union entre homosexuels, comme " deux hommes qui ont vécu ensemble en état de promiscuité sexuelle indéfinie", pour conclure que "rien, absolument rien, ne justifie cette association dégénérée". Les personnes impliquées ont engagé un nouveau procès pour dommage moral, alléguant la discrimination qui émanait clairement des termes de la décision. Le tribunal a débouté cette demande, en termes aussi discriminatoires que la décision de première instance :

"(...) Les termes employés par le Juge, en eux-même, ne reflètent pas une position discriminatoire, mais, sans l'ombre d'un doute, son opinion par rapport au type de vie menée par l'appelant et par son partenaire, une vie qui ne regarde pas d'autres personnes, mais qui assurément échappe aux standards de normalité, tout au moins en ce qui concerne l'homme moyen. Est-ce que peut-être ce genre de vie serait-il l'idéal des familles, l'idéal des parents? (...) Dans quelle morale, en prenant encore une fois en considération l'homme moyen, ce fait est moralement accepté? Il se peut qu'un jour cette situation soit moralement acceptée, mais dans le concept actuel, s'il n'est pas immoral, il n'y a pas de doute qu'il n'est non plus moral. Et les religions, est-ce que l'une d'entre elles contient des préceptes qui approuvent, qui

27 Voir STJ, Recours spécial 154.857/DF, Rapporteur. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 26.5.1998, e TRF-1^a Région, Appel Civil 1999.01.00.003173-5/DF, Rapporteur Julier da Silva, 26.9.2001. Notons qu'il y a des cas qui n'atteignent pas les tribunaux. Dans le sud du Brésil des groupes de défense du droit des homosexuels ont dénoncé auprès du Procureur de la République dans l'État de Rio Grande do Sul un arrêté édicté par le Ministère de la santé qui interdit les banques de sang brésiliennes d'accepter le sang des personnes qui font partie des "groupes à risque" d'infection par VIH. Selon la norme en vigueur, les homosexuels constituent l'un de ces groupes à risque et leur sang doit être refusé par les banques de sang. D'après le quotidien Zéro Hora, dans son édition du 29/ 4/ 2001 " dans leur croisade contre cet arrêté, les organismes qui défendent les droits des homosexuels argumentent qu'il n'existe plus de groupes à risque. En effet, selon les données officielles, 22% seulement des porteurs de VIH sont des homosexuels, les autres étant hétérosexuels (42,8%), usagers de drogues injectables (10%) orientations sexuelles non éclaircies (25,2%)".

28 Le concubinage entre deux hommes, comme s'ils étaient mariés est une bizarrie ostensive qui contraste avec l'esprit du droit brésilien.(TJRJ, Ap. Cível 3.309/92, Rapporteur Juge Celso Guedes, reg. 5.4.1993).

prescrivent, qui conseillent, qui recommandent, qui démontrent que la pratique conduira au bien suprême, à la rencontre de Dieu?"²⁹

Dans le domaine des relations privées, les tribunaux ont été moins connivents, et appliquent des indemnisations élevées en vertu de dommages moraux causés par des préjugés et par l'intolérance aux minorités sexuelles.³⁰ Ce que l'on constate, d'une façon générale est qu'il y a beaucoup plus de procès exigeant une indemnisation en raison d'une attribution erronée de condition homosexuelle, qu'en raison d'une discrimination sexuelle contre de véritables homosexuels. Les condamnations de journaux et de revues sont communes dans des cas comme celui d'un acteur de télévision bien connu qui d'après une colonne d'échos sociaux maintiendrait des relations spéciales avec un joueur de football de l'équipe du Flamengo.³¹

Le fait que les indemnisations en raison d'une fausse attribution de condition homosexuelle sont plus fréquentes qu'en raison de l'intolérance à l'homosexualité, est une donnée qui démontre le niveau élevé de discrimination envers les minorités sexuelles au Brésil. Et devant cela, on ne peut pas reconnaître comme suffisante une interprétation purement négative de l'ordonnancement positif brésilien – qui interdit l'intolérance sexuelle. Le véritable drame des homosexuels et des transsexuels brésiliens provient justement du fait qu'ils sont maintenus à l'écart du droit dans d'innombrables aspects de la vie quotidienne. La constitution de 1988, en dépit de sa nature extrêmement démocratique et progressiste, lorsqu'elle a traité des entités familiales, n'a pas mentionné de façon expresse l'union entre homosexuels, et n'a fait référence qu'aux unions stables "entre l'homme et la femme" et aux familles monoparentales (art.226, §§3° e 4°).³² Cette omission a servi à refuser aux couples homosexuels la nature d'entité familiale, quoique existante d'importantes contributions doctrinaires dans le sens contraire.³³ Le

29 Vote du juge rapporteur Walter Felipe D'Agostino du Tribunal de Justice de Rio de Janeiro, dans l'Appel Civil 8.211/98, j. 24.11.1998. Notons que le vote ne mentionne même pas l'homosexualité, mais se réfère à la conduite du plaignant en utilisant les termes "la pratique", "le fait", "le type de vie", etc.

30 Entre autres, TJRJ, Ap. Civil 4478/1999, Rapp. Juge. Luiz Fux, 18.11.1999: " Dans le cas d'une femme confondue avec un travesti et pour cette raison expulsée d'un bal réalisé dans les locaux du club-défenseur, il y a une odieuse discrimination apte à permettre une indemnisation exemplaire pour dommage moral."

31 TJRJ, Appel Civil 8.028/98, Rel. Des. Otávio Rodrigues, 13.10.1998.

32 Nonobstant, quelques auteurs soutiennent que l'énumération des entités familiales dans la Constitution n'est donnée qu'à titre d'exemple. Voir. Paulo Luiz Netto Lôbo, "Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus", intervention prononcée à l'occasion du III Congrès Brésilien de Droit de Famille "Famille et Citoyenneté: Le Nouveau CCB et la Vacatio Legis", réalisé à Ouro Preto/MG, du 24 au 27 octobre 2001. Sans responsabilité de chaire.

33 La première et la principale contribution dans la doctrine brésilienne, dans le sens de la tutelle constitutionnelle à l'union entre personnes du même sexe, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, "A União entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Análise sob a Perspectiva Civil-Constitucional", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2000, pp. 89-112, où on lit: à partir de la reconnaissance de l'existence de personnes définitivement homosexuelles, ou homosexuelles innées, ou du fait que cette orientation ou cette tendance ne forment aucune espèce de maladie – qui pourrait être guérie et destinée à

projet prévoyant une loi qui institutionnalise expressément la relation entre personnes du même sexe – ce que l'on appelle le partenariat civil enregistré – rencontre de fortes résistances politiques, culturelles et religieuses.³⁴

En l'absence d'une prévision législative expresse, les couples homosexuels sont restés en marge du droit de la famille, et il leur est, en conséquence, nié tout droit aux aliments, aux bénéfices de la sécurité sociale et autres droits propres aux conjoints et aux compagnons.³⁵ Comme l'a déjà décidé le Supérieur Tribunal de Justice (Cour de cassation) et les cours inférieures, la dissolution de l'union entre homosexuels est résolue à la lumière du principe de la prohibition de l'enrichissement sans cause dans la dissolution de sociétés, sans aucune considération ou bénéfices d'ordre familial et affectif, exactement comme on le faisait avant 1988, en ce qui concerne le concubinage.³⁶

Cependant, contrairement à l'orientation jurisprudentielle majoritaire, des décisions de nature rénovatrice se manifestent en faveur de l'attribution aux homosexuels des droits propres aux compagnons qui ne sont pas autre chose. Dans ce sens, on a déjà reconnu aux homosexuels le droit de recevoir une pension en raison de la mort de leur compagnon, à condition que l'existence d'une vie commune soit prouvée.

"(...) L'existence de deux personnes du même sexe, qui ont une vie en commun et qui accomplissent des devoirs d'assistance mutuelle, dans un esprit permanent caractérisé par l'amour, engendre des droits et des obligations qui doivent être reconnus par le Droit." (TRF-4^a Região, Appel Civil 2000.04.01.073643-8, in *ADCOAS 8192578*).

L'indifférence du droit positif brésilien par rapport aux minorités sexuelles a engendré des conséquences véritablement dramatiques dans les cas de transsexualité. La Loi 6.015, du 31 décembre 1973, en traitant de l'état civil, a attribué au prénom, un caractère définitif; son changement n'est autorisé que dans les hypothèses précisément prévues (par exemple, l'exposition au ridicule et à des erreurs d'orthographe). Les Cours brésiliennes, dans leur majorité, ne reconnaissent pas l'option de

disparaître – mais une manifestation particulière de l'être humain, en tenant compte également de la valeur juridique du principe fondamental de la dignité de la personne humaine auquel est définitivement lié tout l'ordonnement juridique, et de l'interdiction conséquente de la discrimination en vertu de l'orientation sexuelle, il semble que les relations entre personnes du même sexe doivent mériter un statut similaire aux autres communautés d'affection et peuvent donc engendrer des liens de nature familiale."(ob. cit., p. 109).

34 Comme le journal "A Folha de São Paulo" a récemment publié, La Conférence nationale des évêques du Brésil – CNBB a envoyé une lettre à tous les 513 députés fédéraux pour les mettre en garde contre le "danger" des unions "anti-naturelles".

35 La relation homosexuelle n'est pas assurée par la Loi 8.971, du 21 décembre 1994, et par la Loi 9.278, du 10 de mai 1996, ce qui empêche la concession d'aliments par une des parties, car la relation amoureuse de deux femmes n'est pas une union stable, et une cohabitation de cette sorte traduit une société de fait."(TJRS, Ag. 70.000.535.542, Rap. Juge Antonio Stangler, 13.4.2000). Dans le même sens, voir, entre autres, TJRJ, Ap.Civil 7.355/1998, Rap. Juge. Admir Paulo Pimentel, 29.9.1998.

36 STJ, Recours Spécial 148897/MG, Rap. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 10.2.1998, e TJRJ, Ap. Cível 8084/97, Rap. Juge Paulo Sérgio Fabião, publ. 30.9.1999

l'homosexualité ou la réalisation d'une intervention chirurgicale pour changer son nom ou son sexe dans les registres de l'état civil.³⁷ Jusqu'à 1997, les tribunaux argumentaient que la chirurgie de changement de sexe était considérée mutilante, et donc criminelle devant le droit brésilien. Cet argument est tombé devant l'édition par le Conseil Fédéral de Médecine, à bon droit, cette fois-ci, de la Résolution 1.482, du 10 septembre 1997, qui autorise la réalisation de ces types de chirurgies. La rigidité formelle de l'état civil est devenu, ainsi, la seule raison qui empêche de délivrer le certificat d'état civil. Mais, ici, cependant, on trouve déjà des décisions qui, plus attentives à la réalité humaine, échappent à l'orientation majoritaire.³⁸

En fait, le refus à la demande de modification du registre civil peut entraîner des conséquences concrètes dramatiques. À titre d'exemple, il est intéressant de rapporter ici un cas où le fossé entre la réalité des faits et la réalité législative (*rectius*, interprétative) a provoqué une véritable agression à la dignité de la personne humaine.

Après dix ans de vie conjugale au Danemark, avec un mari français et un enfant adopté selon la législation française, un brésilien transsexuel, appelé Juracy, est allé dans l'intérieur de l'État de Bahia pour rendre visite à sa famille. Il a décidé, alors, comme le mari, d'adopter un enfant abandonné, José, de six ans, à la "mode brésilienne", c'est-à-dire en l'enregistrant comme fils du couple. Juracy a été arrêtée par la Police fédérale, lorsqu'elle cherchait à obtenir un passeport pour José. Il lui a été imputé la pratique de crime d'usage de documents faux (Art. 304, CP), de promotion d'actes en vue d'envoyer un enfant à l'étranger (art. 239 de la Loi 8.069/90) et de fausseté idéologique (art. 299, CP), en plus de la mise en question, par le Ministère public d'une adoption d'enfant par un couple d'homosexuels.

Juracy a été incarcérée dans le pavillon masculin de la terrifiante prison d'Água Santa, à Rio de Janeiro, où elle a été certainement soumise à la dégradation la plus vile. Ses enfants ont été envoyés à un asile de mineurs. Le père également dénoncé a été mis en liberté moyennant caution et est retourné dans son pays d'origine. La destruction de l'entité familiale a été complète.³⁹ Des dommages irréparables ont été produits en raison de l'insensibilité absolue des autorités publiques aux circonstances du cas concret.

La nécessité d'une perspective plus attentive à la réalité humaine s'impose également dans les cas d'adoption par des couples homosexuels.

37 STF, Ag. Reg. 82517/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, 28.4.1981. Em igual sentido, TJRJ, Ap. Cível 6.617/93, Rel. Des. Geraldo Batista, 18.3.1997.

38 " Registre civil. Demande de changement de nom et de sexe formulée par un transsexuel primaire opéré. Débatement par la décision en première instance face à l'absence d'erreur dans le registre de naissance. Nom masculin, qui, en face de la condition actuelle de l'auteur, l'expose au ridicule, ce qui rend possible que son nom soit remplacé par celui par lequel il est connu." (TJSP, Ap. Cível 165.157.4/5, Rel. Des. Boris Kauffmann, 22.3.2001).

39 Le cas avait déjà été rapporté par Gustavo Tepedino, "Direitos Humanos e Relações Privadas", in *Temas de Direito Civil*, cit., p. 61 e ss. Les défenseurs ont été absous à la fin du procès criminel. Cf. TRF-1ª. Région, Ap. Crim. 92.18299-0/RJ, 8.3.1993, Rapporteur. Des. Tânia Heine.

Les tribunaux doivent rejeter promptement tout argument pour ou contre l'adoption, fondé sur l'option sexuelle de l'adoptant. Ce qui doit compter fondamentalement, c'est l'intérêt de l'enfant⁴⁰, et on ne peut pas permettre que son insertion dans le milieu social soit écartée sur la base du préjugé sexuel.

Un cas édifiant s'est produit à Rio de Janeiro, où le petit Marcelo Caetano a été soustrait de l'abandon dans lequel il vivait à la Maison d'Éducation Romão Duarte, pour être adopté conformément aux normes légales. L'adoptant, professeur et célibataire, a vu sa légitimité à l'adoption contestée par le Ministère Public, sous l'allégation qu'il était homosexuel et que la vie au milieu de deux hommes – l'adoptant et son compagnon – pourrait nuire à la formation de la moralité et de la personnalité du mineur. Plusieurs assistantes sociales ont alors été entendues et ont témoigné du bonheur et de la bonne santé de l'enfant dans son nouveau foyer. C'est ainsi que, le tribunal a décidé avec juste raison : "Il sera préférable, à notre point de vue, de courir le risque du doute à laisser l'adopté dans une institution d'enfants abandonnés (...) L'envoyer dans une école de la délinquance, comme cela sera le cas quand il atteindra l'âge de douze ans, à la Maison d'Éducation Romão Duarte, est bien plus indigne et terrifiant que de se fier à la compétence des experts qui ont émis des avis favorables et de maintenir la décision qui l'a remis en adoption, décision sur laquelle pesaient soupçons et réticences qui semblent n'avoir pas tenu compte de la réalité et des circonstances, et qui sont, *data venia*, fondés sur un préjugé, ce que la loi interdit."⁴¹

Que les homosexuels, empêchés d'avoir un enfant par la reproduction naturelle, adoptent des mineurs abandonnés, constitue une heureuse rencontre d'exclus, les premiers par les préjugés, les seconds par la misère. L'affection caractéristique des rapports père/enfant ne pourra être que bénéfique pour le développement de la personnalité de l'enfant, dont l'intérêt, est dans ce cas, prépondérant⁴².

5. Conclusion. Non-discrimination et action affirmative au Brésil.

Comme on l'a vu, l'ordonnancement civilo-constitutionnel brésilien interdit toute forme de discrimination injuste, de préjugé, d'intolérance. L'analyse des conflits survenus dans le cadre des trois groupes vulnérables abordés plus haut – minorités dans les sociétés, minorités religieuses et minorités sexuelles – démontre que la proscription du traitement

40 Maria Celina Bodin de Moraes, op. cit., p. 110.

41 TJRJ, Ap. Cível 14.332/98, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, 23.3.1999. Le même tribunal a toutefois déjà permis que l'homosexualité constitue un argument pour la délivrance d'un mandat d'amener sur un mineur qui vivait avec sa mère et la compagne de celle-ci (TJRJ, Agr. 4.596/1999, Rel. Des. Luiz Roldão, publ. 16.3.2000).

42 On doit déplorer ici que le Tribunal Européen des Droits de l'Homme ait jugé licite le refus des autorités françaises d'accepter l'adoption d'un enfant par un homosexuel. Cf., auprès dudit tribunal, l'affaire Fretté c. France, jugé le 26.2.2002, et encore passible d'appel devant une juridiction supérieure.

discriminatoire ne s'est montrée ni effective ni suffisante pour la tutelle des minorités.

Les pouvoirs publics eux-mêmes ont souvent été agent de la discrimination injustifiée. Quand ils s'interrogent sur l'option sexuelle de l'adoptant, quand ils interprètent le texte constitutionnel de manière à attribuer à l'union entre homosexuels des effets différents de ceux de l'union entre hétérosexuels, et quand ils suggèrent qu'un candidat lié à un culte religieux plus rigide n'exercera pas convenablement le mandat qu'il brigue, les Pouvoirs Publics se convertissent en auteurs du préjugé qu'ils sont censés réprimer.

Outre qu'ils discriminent quand ils ne le devraient pas, les pouvoirs publics cessent de discriminer lorsqu'il le faut. C'est ce qui se passe, par exemple, avec l'omission législative vis-à-vis des normes de protection des associés minoritaires dans certains types de sociétés, où dans ces affaires où les tribunaux refusent la rectification du registre d'État Civil, sans prendre en compte la condition tout à fait particulière des transsexuels. La non-reconnaissance juridique des particularités de chaque minorité est la forme la plus grave de préjugé – parce qu'elle est (soi-disant) fondée sur la loi⁴³. De situations comme celles-ci, se dégage clairement la nécessité de discriminer, de discriminer avec une justification, au moyen d'une intervention positive de l'État dans la tutelle des minorités, si ce n'est éliminer, tout au moins amoindrir les effets de leur vulnérabilité par rapport aux autres groupes sociaux.

À cette intervention positive des pouvoirs publics on donne le nom d'*action affirmative*. Sa finalité est justement d'agir dans la protection des minorités ; une protection qui va au-delà de la simple proscription de la conduite discriminatoire⁴⁴. L'action affirmative, dans son sens le plus large, englobe depuis l'édition de lois spécifiquement destinées à la protection de groupes vulnérables – par exemple, au Brésil, le Code de Défense du Consommateur – à l'institution de politiques publiques concrètes de réduction du déséquilibre, qui atteint son point culminant avec ce que l'on appelle le *système des quotas*. Celui-ci consiste à réserver aux minorités des emplois dans les principaux secteurs de la société. Évidemment, le système des quotas ne tolère pas une application irréfléchie. Il repose, au contraire,

43 "Noirs, "nordestinos" pauvres, minorités sexuelles et religieuses, sans-terres, entre autres, constitueraient des groupes sociaux exclus, parfois détenteurs de formes particulières et substitutives de socialisation. Bien qu'ils ne soient pas formellement exclus des droits, leurs différences ne sont pas acceptées ni même tolérées." (Elimar Pinheiro do Nascimento, "Dos Excluídos Necessários aos Excluídos Desnecessários", in *No Meio da Rua – Nômadess, Excluídos e Viradores*, Marcel Bursztyn (org.), Rio de Janeiro: Garamond, 2000, p. 61).

44 "Affirmative action is planning and acting to end the absence of certain kinds of people – those who belong to groups that have been subordinated or left out – from certain jobs and schools. (...) Affirmative action can be a formal program with written, multipart plan and a special staff to carry it out, or it can be the activities of one manager who has consulted his conscience and decided to do things differently. The concept of affirmative action has been extended to ensuring that a share of government contracts go to minority-owned firms and to helping black groups or women's groups to buy broadcasting facilities." (Barbara R. Bergmann, *In Defense of Affirmative Action*, New York: New Republic, 1996, p.7).

sur les idées de proportionnalité et d'efficacité. Il faut qu'il y ait une stricte corrélation entre les moyens employés et les fins envisagées. Chaque proposition d'action affirmative doit être évaluée en fonction des particularités de chaque minorité, et dans la mesure exacte de sa vulnérabilité⁴⁵.

La Constitution de 1988 n'interdit pas – mais bien au contraire, elle impose – l'intervention positive de l'État. Tous les objectifs fondamentaux de la République, prévus à l'art. 3^o, indiquent la nécessité de l'action affirmative des Pouvoirs Publics dans le sens de la construction d'une société solidaire, de l'éradication de la pauvreté et des inégalités sociales et régionales⁴⁶. D'aucuns ont déclaré que défendre les minorités de manière privilégiée reviendrait, d'une certaine façon, à les discriminer, et que, si la discrimination est expressément proscrite par le texte constitutionnel, l'action affirmative serait par nature incompatible avec la Constitution. On joue ici sur les mots. Ce que le texte constitutionnel proscrit, c'est la discrimination déraisonnable, injustifiée. La discrimination raisonnable est autorisée et devient même nécessaire, sous peine de vider de son sens, le principe, également constitutionnel, de l'égalité substantielle.

Quand le déséquilibre se situe dans les faits, sous-jacents à la relation juridique, la simple prohibition de la discrimination se montre peu efficace et l'égalité formelle garantie par la loi finit par opprimer, plus encore que l'inégalité concrète. On attend du Droit un rôle plus grandiose ; seule l'action différenciée de la loi peut rétablir l'équilibre entre les personnes concernées, et (re)légitimer la liberté, dans les termes exacts de la fameuse expression de Lacordaire : " Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, mais c'est la loi qui affranchit".

Dans une société aux relations massifiées, où l'abondance d'informations contraste avec le manque de dialogue et de réflexion, ce qui conduit presque toujours à des niveaux élevés d'intolérance et de préjugés⁴⁷,

45 Le Brésil possède actuellement une série de normes à caractère affirmatif. La Loi 8.112/90 réserve 20% des places disponibles dans les concours publics aux handicapés physiques. Dans le même sens, la Loi 9.504/97 garantit les candidatures féminines aux élections (un minimum de 30%, et un maximum de 70% de candidats de chaque sexe). La Loi 8666/93 permet de passer des contrats d'embauche, sans limitation, avec des associations de handicapés physiques. Le projet de Loi 650, une initiative du Sénateur José Sarney, circule au Congrès National, et vise à assurer 20% des places dans les écoles, les universités et les emplois publics.

46 C'est le constat que dresse également le Ministre Marco Aurélio de Mello : "Je peux assurer, sans crainte de me tromper, que l'on est passé d'une égalisation statique, purement négative, où l'on interdisait la discrimination, à une égalisation efficace, dynamique, car les verbes construire, garantir, éradiquer et promouvoir impliquent, par eux-mêmes, un changement d'optique, en ce qu'ils dénotent l'action. Il ne suffit pas de ne pas discriminer. Il faut rendre possible – et on trouve, dans la Charte de la République, les bases pour le faire – les mêmes opportunités." ("Optique Constitutionnelle – L'égalité et les actions affirmatives", texte de la conférence prononcée lors du séminaire "Discrimination et Système Légal Brésilien", organisé par le Tribunal Supérieur du Travail, le 20.11.2001. Sans responsabilité de chaire.

47 Dans ce sens, Ira De A. Ride, "Social Change, Social Relations, and Social Work", in *Minority Groups: Segregation and Integration – Papers presented at the 82d Annual Forum of*

il faut que les pouvoirs publics soient présents, non seulement comme garants d'une prétendue égalité juridique, mais aussi et surtout, en agissant concrètement (affirmativement), dans la protection des minorités, de manière à réduire leur vulnérabilité, sans sacrifier leurs différences. C'est là le grand enjeu d'une société pluraliste.

the National Conference of Social Work, New York: Columbia University Press, 1955, p. 6:
"However, a more significant aspect of this breakdown in communication is that it seems to contribute to the displacement of hostility toward minority groups. When people are in regular communication with each other they are less likely to pick each other for displacing hostility in any regular fashion. In modern mass society there are all sorts of estrangements and barriers to communication within the community, and any group can become a minority group chosen for the displacement of hostility."