

RAPPORT BRÉSILIEN

par

Ives GANDRA DA SILVA MARTINS

Avocat à Sao Paulo (Brésil). Professeur Émérite de l'Université Mackenzie, qui a été Titulaire de Droit Économique et de Droit Constitutionnel dans cette Faculté de Droit

et

Paulo LUCENA DE MENEZES

Avocat à Sao Paulo (Brésil) Maître en Droit de l'État pour la Faculté de Droit de l'Université de Sao Paulo

La protection juridique des minorités dans le système constitutionnel brésilien: une vision panoramique

I.- Introduction

En raison même de la signification du thème dans le contexte de l'histoire de l'humanité,¹ la protection juridique de groupes minoritaires, comme on le sait, est une préoccupation de l'Organisation des Nations Unies (ONU) depuis son apparition, malgré le silence à ce sujet de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, lesquelles se limitent à interdire toute discrimination fondée sur la race, le sexe, la langue et la religion des individus.

C'est ainsi qu'en 1947, la Commission des Droits de l'Homme a créé une sous-commission avec deux objectifs: la prévention de la discrimination et la protection des minorités. Celle-ci, cependant, n'a pas beaucoup avancé dans la décennie subséquente, en raison de la difficulté d'aboutir à un consensus sur le concept de « minorités ». L'énorme résistance suscitée par cette discussion provenait, entre autres motifs, du fait qu'elle paraissait suggérer une ingérence internationale dans l'orbite interne des États.

La difficulté de travailler sur ce sujet est parfaitement illustrée par le fait que celui-ci, sur le plan normatif, n'a été réglementé par l'ONU qu'en 1966, avec l'avènement du « Pacte International sur les Droits Civils et

1 Cf. Ives Gandra MARTINS, *Uma Visão do Mundo Contemporâneo* (Une Vision du Monde Contemporain), Pioneira, p. 37-39.

Politiques »², dans lequel l'article 27 a établi :

« Dans les États où il y a des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne pourront pas être privées du droit d'avoir, en même temps que d'autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, d'enseigner et pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue ».

Parce qu'il précise pas la définition de « minorités », le dispositif mentionné a donné lieu à la nomination, par la Sous-commission, d'un spécialiste pour évaluer l'extension et le contenu des droits assurés par le Pacte précité. L'étude sollicitée, connue sous le nom de « Rapport Capotorti », en référence à son auteur (Francesco CAPOTORTI), a été conclue en 1977. Elle a suggéré l'élaboration d'une déclaration Internationale des droits des minorités, et a de plus cherché à identifier un concept pour ce terme, même en reconnaissant les difficultés existantes.

Pour CAPOTORTI, le vocable « minorité » désignerait « un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres – nationaux de cet État – possèdent des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes du reste de la population et démontrent, au moins de manière implicite, un sens de solidarité, dirigé vers la préservation de sa culture, de ses traditions, religion ou langue ».³

Le concept de « minorité », dans cette optique, serait rattaché à quatre éléments essentiels⁴, à savoir:

2 Ce diplôme, très ancien, a été conçu avec le Pacte International sur les Droits Économiques, Sociaux et Culturels. Au Brésil, le Congrès National a approuvé l'adhésion aux deux textes normatifs, sans réserves, par l'intermédiaire du Décret Législatif n° 226, du 12 décembre 1991. José Augusto Lindgren ALVES précise que le pays n'a pas adhéré au Premier Protocole Facultatif, « acceptant seulement la compétence – obligatoire – du Comité des Droits de l'Homme pour contrôler la situation interne par l'examen de ses rapports gouvernementaux », ni au Second Protocole Facultatif, la peine de mort n'étant pas acceptée par l'ordonnance juridique brésilienne, sauf en cas de guerre (Constitution Fédérale, art. 5°, XLVII, a). Le même auteur indique que le rapport initial prévu dans l'art. 40° du Pacte, a été réalisé par le Brésil en 1994, étant le fruit d'un travail conjoint du Ministère des Affaires Étrangères et du Ministère de la Justice, en coopération avec le Noyau des Études de la Violence de l'Université de São Paulo. Ce rapport a été publié sous forme de livre, en 1995 (*A Arquitetura Internacional dos Direitos do Homem* [L'Architecture Internationale des Droits de l'Homme], FTD, p. 43-44).

3 Cf. "Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities", United Nation Publication, p. 96.

4 Ayant comme référence l'article 27 déjà cité et le travail de CAPOTORTI, Fábio Konder COMPARATO a relevé: « Les critères conceptuels de nature objective pour la reconnaissance d'une minorité de la population sont au nombre de quatre. Le premier est l'existence, au sein de la population d'un État, de groupes qui se distinguent par des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques stables, nettement différentes de celles qui prévalent pour le reste de la population. Le deuxième critère, découlant du propre sens littéral du terme, est d'ordre quantitatif: ces groupes ne doivent pas constituer la majorité de la population. En troisième lieu, cependant, la notion de minorité discriminée présuppose le fait politique que ces groupes ne se trouvent pas en situation de pouvoir dans la société: la protection exigée par la norme de l'article 27° ne touche pas, à l'évidence, les minorités oligarchiques. En quatrième et dernier lieu, la discrimination violatrice de ce droit humain suppose que ceux qui discriminent et les

l'élément quantitatif.

Cet élément, isolément, ne permet pas d'identifier l'existence d'une « minorité » au sens strict. De fait, il n'y a pas de référence précise sur la taille minimum qu'un groupe déterminé d'individus doit présenter pour être considéré comme une « minorité », du moment que les autres exigences conceptuelles sont réunies. Cependant, c'est une donnée importante en ce qui concerne la représentativité sociale, qui fait à ce titre l'objet d'une attention particulière des théoriciens depuis l'avènement des États modernes;⁵

l'élément de la non-dominance.

En plus de l'aspect quantitatif, pour que le groupe soit considéré comme une « minorité » il ne peut pas être dans une position dominante dans l'État où il réside. Cet élément, cependant, ne permet pas non plus, isolément, d'aboutir à une parfaite définition du terme, étant donné qu'il identifie une autre catégorie d'individus: les « groupes vulnérables ». Comme l'a bien élucidé Gabi WUCHER, « les groupes vulnérables peuvent, mais ne doivent pas nécessairement se constituer en groupes numériquement petits: femmes, enfants et personnes âgées peuvent être considérés « groupes vulnérables », sans, cependant, être des minorités.⁶ Même un groupe réduit en position de non-dominance peut ne pas être considéré comme une minorité, par exemple les travailleurs migrants (étant donné qu'ils ne sont pas citoyens du pays où ils vivent) ou les personnes handicapées (à cause du manque de solidarité en vue de préserver la culture, les traditions, la religion ou l'idiome) »;⁷

l'élément de la nationalité.

Bien qu'il soit encore défendu par quelques auteurs, cet élément a, pour plusieurs raisons, été abandonné par le propre CAPOTORTI,⁸

discriminés appartiennent au même État » (*A Afirmação Histórica dos Direitos do Homem* [l'Affirmation Historique des Droits de l'Homme], Saraiva, p. 291).

⁵ On cite dans « *Os Artigos Federalistas* » (Les Articles Fédéralistes): « Il est très important dans une république, non seulement de protéger la société contre l'oppression de ses gouvernants, mais aussi de protéger une partie de la société contre l'injustice de l'autre. Il existe nécessairement des intérêts différents dans les différentes classes de citoyens. Si une majorité est unie par un intérêt commun, les droits de la minorité seront menacés. Il n'y a que deux moyens d'éviter ce mal: l'un d'eux implique la création, dans cette communauté, d'un pouvoir indépendant de la majorité, c'est-à-dire, un pouvoir de la propre société; l'autre insère dans la société un si grand nombre de catégories distinctes de citoyens, que cela rendrait très improbable, sinon impraticable, la collusion d'une majorité » (Madison, Numéro LI) (*Os Artigos Federalistas* [Les Articles Fédéralistes], Nova Fronteira, p. 351).

⁶ Quelques « groupes vulnérables », d'ailleurs, font l'objet de textes normatifs spécifiques de l'ONU (*verbi gratia* *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* [La Convention sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination contre la Femme], de 1979).

⁷ Minorités: *Proteção Internacional em Prol da Democracia*, Ed. Juarez de Oliveira, p. 46.

⁸ Cf. WUCHER, œuvre citée, p. 47.

l'élément de la solidarité.

Enfin, le dernier élément exige non seulement une identité commune, mais également une volonté du groupe, bien qu'implicite, de préserver cette même identité (ex. culture, idiome, religion ou traditions).⁹

Bien que la définition proposée par CAPOTORTI n'ait pas obtenu de consensus –à l'instar des autres suggestions présentées devant l'ONU - la Commission des Droits de l'Homme a honoré une de ses recommandations et a créé, en 1978, un groupe de travail destiné à élaborer une déclaration internationale des droits des minorités. Ce groupe qui, curieusement, s'est réuni pendant plus d'une décennie sous la présidence de commissaires de police de l'ancienne Yougoslavie, a conclu sa mission en 1992, quand l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté la « Déclaration des Droits de Personnes Appartenant à des Minorités Nationales ou Ethniques, Religieuses et Linguistiques ». ¹⁰

Cet important document, comme le déclare son préambule, a cherché de l'inspiration dans l'article 27 du Pacte International des Droits Civils et Politiques et s'appuie sur des principes véhiculés par d'autres instruments internationaux, notamment la « Déclaration sur l'Élimination de Toutes les Formes d'Intolérance et de Discrimination Basées sur la Religion ou Croyance » (1981), également originaire de l'ONU, avec laquelle elle entretient quelques ressemblances.

Il est important d'observer, cependant, que cette dernière Déclaration ne comporte pas non plus de définition pour le vocable « minorités », bien que son propre titre se restreigne aux « minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques ». Parmi les principales prévisions considérées, figurent la consécration de droits au profit des personnes appartenant à des minorités (art. 2), qui pourront être exercés individuellement ou en groupe (art. 3), outre l'adoption de mesures en faveur de telles minorités (art. 8^o).

Nettement motivée par les conflits aux motifs ethniques et religieux qui ont éclos dans plusieurs régions du globe, l'ONU destine une attention spéciale à ce thème, au moyen de diverses actions, entre lesquelles se détache la création, en 1994, d'un groupe de travail au sein de la sous-commission pour la Prévention de la Discrimination et la Protection de Minorités dans le but de mettre en œuvre les Droits reconnus par cette Déclaration.

II. La Constitution brésilienne de 1988

L'actuelle Constitution Fédérale du Brésil a été promulguée le 5 octobre 1988. Elle a pour caractéristique remarquable d'être le premier texte constitutionnel postérieur au régime militaire qui a duré deux décennies et

9 Il existe, à l'évidence, des controverses sur l'importance de critères objectifs et subjectifs dans l'identification des minorités. Ce débat, cependant, n'a pas sa place dans les limites étroites de ce travail.

10 Cf. ALVES, œuvre citée, p. 235.

qui, fait caractéristique de ces interventions de la dictature, s'est rendu célèbre par la promotion de la rupture de l'ordre constitutionnel démocratique établi jusqu'alors. Dès lors, il n'est pas difficile de comprendre l'importance que cette Constitution confère à des sujets tels que les droits fondamentaux de l'homme, la pluralité politique et la préservation des principes démocratiques.

Le texte originellement approuvé – déjà modifié à plusieurs reprises – contenait 245 articles de fond, outre 70 autres articles consacrés à des dispositions transitoires. Tous les thèmes abordés étaient – et sont encore – divisés en neuf titres : 1) les principes fondamentaux; 2) les droits et les garanties fondamentaux; 3) l'organisation de l'État; 4) l'organisation des Pouvoirs; 5) la défense de l'État et les institutions démocratiques; 6) le tribut et le budget; 7) l'ordre économique et financier; 8) l'ordre social; 9) les dispositions constitutionnelles générales.

Dans le préambule de la Constitution, on signale déjà « l'égalité et la justice comme étant des valeurs suprêmes d'une société fraternelle, pluraliste et sans préjugés » qui se reconnaît comme établie.

En conséquence, le Titre I, lorsqu'il traite des « principes fondamentaux » qui guident le système constitutionnel de la patrie, énonce que la société brésilienne, en adoptant la forme d'une république fédérative, s'érige en « État Démocratique de Droit »¹¹, ayant comme fondements: la souveraineté, la citoyenneté, la dignité de l'être humain, les valeurs sociales du travail et de la libre initiative et le pluralisme politique (art. 1^o). Parmi les « objectifs fondamentaux » du Brésil, figure encore notamment celui de construire une société libre, juste et solidaire, et de promouvoir le bien de tous, sans préjugés relatifs à l'origine, la race, le sexe, la couleur, l'âge ou toute autre forme de discrimination (art. 3^o, I et IV). En raison même de ces directives, le pays doit, dans la sphère des relations internationales – et aucune Constitution n'a rien prévu de semblable auparavant – s'orienter vers la prédominance des Droits de l'Homme, l'autodétermination des peuples, la solution pacifique des conflits et la répudiation du terrorisme et du racisme (art. 4^o, II, III, VII et VIII).

Par rapport aux « droits et garanties fondamentaux » (Titre II), il importe de relever tout d'abord que les Constitutions brésiennes ont toujours considéré, les deux premières en raison du contexte même dans lequel elles ont été élaborées (1824 et 1891), que les « Déclarations de Droits » se limitaient à énoncer des « libertés publiques ».

11 JOSÉ AFONSO DA SILVA souligne que « la démocratie que l'État Démocratique de Droit réalise se doit d'être *un processus de cohabitation sociale* dans une société libre, juste et solidaire (art. 3^o, II), dans laquelle le pouvoir émane du peuple, directement ou par des représentants élus (art. 1^o, paragraphe unique); *participative*, parce que cela implique la participation croissante du peuple dans le processus de décision et dans la formation des actes de gouvernement (arts. 10^o, 14^o, I à III, 29^o, X e XI, 31^o, § 1^o, 49^o, XV, 61^o, § 2^o, 198^o, III, 204^o, II), *pluraliste*, parce qu'il respecte la pluralité d'idées, de cultures ou d'ethnies (arts. 1^o, V, 17^o, 205^o, III) » (« O Sistema Constitucional do Brasil » [Le Système Constitutionnel du Brésil] in « *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos* », Editorial Dykinson, Madrid, p. 136).

La Constitution Fédérale de 1988 présente, cependant, quelques innovations.

En outre, comme c'est la tradition dans le système brésilien, il est expressément reconnu que la liste de droits fondamentaux enregistrée sur la Constitution Fédérale du Brésil est purement illustrative, dans la mesure où l'on reconnaît que les droits et garanties exprimés dans la Constitution n'en excluent pas d'autres provenant du régime et des principes adoptés par elle (art. 5^o, § 2^o, partie initiale).

Il en résulte que, dans le but de mieux assurer la protection des droits fondamentaux, la Constitution ne s'est pas limitée à cette orientation, reconnaissant aussi les droits et garanties provenant « des traités internationaux auxquels la République Fédérative du Brésil est partie » (art. 5^o, § 2^o, partie finale). Cette prévision a engendré, de façon bien compréhensible, des controverses sur le *statut* et la hiérarchie des traités internationaux, la question étant celle du champ d'action de l'ordre juridique interne. Cependant, les spécialistes soutiennent, avec l'appui de la ligne jurisprudentielle fixée depuis très longtemps par le Tribunal Fédéral Suprême, que les traités internationaux ont la force d'une loi ordinaire.¹²

Pour ce qui concerne spécifiquement le thème des minorités, il convient de préciser que la Constitution Fédérale ne s'est pas penchée sur ce thème de façon technique et articulée. À la rigueur, le texte constitutionnel ne se réfère expressément à aucun précepte relatif au terme de minorité, dans l'acception majoritairement retenue par la doctrine et par les instruments internationaux.

Cela ne signifie pas pour autant que la Constitution Fédérale du Brésil ait omis ce thème. Au contraire, on pourrait même affirmer qu'elle contient des normes et principes – peut-être même plus que ce que l'on désirerait – applicables aux minorités, bien qu'elle soit beaucoup plus généreuse avec ce qui a été appelé « groupes vulnérables », comme on le note à la lecture des matrices constitutionnelles relatives au sujet.

Principe de l'Égalité.

L'égalité devant la loi (isonomie) est amplement prévue au *caput* de l'article 5^o, qui établit que tous sont égaux devant la loi, sans distinction d'aucune nature.¹³ Nonobstant cette prévision générique, la Constitution Fédérale du Brésil confère une prédominance à certaines situations, assurant,

12 Cf. José Francisco REZEK, *Direito Internacional Público* (Droit International Public), Saraiva, p. 104-106.

13 José Afonso da SILVA enseigne: « Les constitutions antérieures énuméraient les raisons qui empêchent le *discrimen* : *sexe, race, travail, croyance religieuse et convictions politiques*. Ces facteurs sont toujours emphatiques en tant qu'éventuelles sources de discriminations odieuses et, pour cela, tout de suite, expressément interdites, conformément à l'art. 3^o, IV, où figure, parmi les objectifs fondamentaux de la République Fédérative du Brésil, celui de promouvoir le bien-être de tous, *sans préjugé d'origine, de race, de sexe, couleur, âge et toute autres formes de discrimination*. (...) La Constitution procède ainsi parce que ces raisons préconçues sont celles qui sont le plus souvent adoptées comme fondement de *discrimen* » (œuvre citée, p. 138).

par exemple, l'égalité de traitement entre les contribuables de tributs (art. 14^o, *caput*) et l'interdiction de faire une différence entre Brésiliens nés et naturalisés, sauf quand c'est admis par la Constitution elle-même (art. 12^o, § 2^o). D'un autre côté, on ne peut pas ignorer qu'il y ait eu une nette intention de dépasser les limites de l'égalité purement formelle, comme on l'observe, entre autres cas susceptibles d'être mentionnés, à travers le précepte qui impose l'« égalité de conditions pour l'accès et la permanence dans les écoles » (art. 206^o, I).

Interdiction de pratiques discriminatoires.

Comme corollaire du principe d'égalité, ces pratiques discriminatoires sont interdites et même caractérisées de crime dans un certain nombre de circonstances.

Dans ce cas, il est prévu que la loi punira n'importe quelle discrimination attentatoire aux droits et libertés fondamentaux (art. 5^o, XLI), tandis que, en accord avec ce qui est établi dans l'art. 4^o, la pratique du racisme constitue un crime sans caution et imprescriptible, puni d'une peine de réclusion, conformément aux termes de la loi (art. 5^o, XLII).¹⁴ Dans la sphère de l'ordre social, on n'admet pas « la différence de salaires, d'exercice de fonctions et de critère d'admission en raison du sexe, de l'âge, de la couleur ou de l'état civil » (art. 7^o, XXX), ni parce que le travailleur est porteur d'une quelconque déficience comme il sera montré ci-dessous.¹⁵

Aucun individu ne sera non plus privé de ses droits en raison de ses croyances religieuses ou de ses convictions philosophiques ou politiques, sauf s'il s'en sert pour s'exempter d'une obligation légale imposée à tous ou s'il refuse d'accomplir une prestation alternative fixée par la loi (art. 5^o, VIII).¹⁶

III.- La Protection de « groupes vulnérables »

a) Femmes.

Selon la Constitution, les hommes et les femmes sont égaux en droits et en obligations (art. 5^o, I), ce qui est confirmé dans le régime de l'union conjugale (art. 226^o, § 5^o), de l'usucapion urbain (art. 183^o, § 1^o) et

14 La loi n^o 7.716/89, qui définit les crimes résultants de préjugés de race ou de couleur, a été modifiée par la Loi n^o 9.459/97 qui a augmenté sa portée en qualifiant aussi de la sorte les discriminations ou préjugés découlant de l'ethnie, de la religion ou de l'origine nationale.

15 Au début de l'année 2002, le Tribunal Supérieur du Travail, par l'intermédiaire de sa Première Promotion, a tranché pour la première fois, *ad meritum*, une question concernant la discrimination raciale. Par décision unanime il a été décidé de réembaucher un instructeur de formation professionnelle d'un des services nationaux d'apprentissage, aux motifs que le licenciement avait été motivé par une discrimination raciale (RR 381.531/1997, Rel. Min. Ronaldo Lopes).

16 Loi n^o 8.239/91 sur la prestation de **service alternatif au service militaire**, obligatoire au Brésil.

de la réforme agraire (art. 189°, paragraphe unique). La Constitution assure, cependant, un traitement différencié pour les femmes, traitement qui va de la reconnaissance des implications de disparités évidentes avec le sexe masculin, comme le droit des prisonnières d'allaiter leurs enfants (art. 5°, L) et le congé rémunéré pour la femme enceinte (art. 7°, XVIII), jusqu'aux options de nature politique et économique, parmi lesquelles sont incluses : la protection du marché de travail moyennant des incitations spécifiques définies par la loi (art. 7°, XX), l'exemption du service militaire obligatoire (art. 143°, § 2°) outre une durée de travail moins importante pour la retraite par temps de service (art. 201°, § 7°, I e II)¹⁷ ;

b) *Handicapés*

D'une part, il est de la compétence de l'Union des États Brésiliens, des États, du District Fédéral et de la Municipalité, de s'occuper de la santé et la garantie des handicapés (art. 23°, II). D'autre part, il est de la compétence *concurrente* de l'Union des États Brésiliens, des États et du District Fédéral, de légiférer sur la protection et l'intégration sociale de ces mêmes personnes (art. 24°, XIV). Toujours en ce qui concerne les handicapés, on peut noter les prévisions suivantes: 1) la protection contre n'importe quelle discrimination en ce qui concerne le salaire et les critères d'admission au travail (art. 7°, XXXI), 2) une réserve relative au pourcentage des postes et emplois publics (art. 37°, VIII)¹⁸, 3) la création, de la part de l'État, de programmes de prévention et d'écoute spécialisés pour enfants et adolescents handicapés, ainsi que des programmes d'intégration sociale (art. 227°, § 1°, II); 4) la garantie d'accès aux véhicules de transport en commun et aux localités et bâtiments d'utilisation publique (art. 227°, § 2° et 244°); 5) le droit à une éducation spécialisée, de préférence dans le réseau régulier d'enseignement (art. 208°, III). L'assistance sociale a également, parmi ses objectifs, « l'habilitation, la réhabilitation des handicapés et la promotion de leur intégration à la vie communautaire » (art. 203°, IV) et la garantie d'un salaire minimal mensuel aux handicapés qui prouvent ne pas avoir de moyens de subsistance (art. 203°, V);

17 Cf. PAULO LUCENA DE MENEZES, *L'action positive (Affirmative Action) dans «O Direito Norte-Americano»* (Le Droit Nord-Américain), RT, p. 148.

18 L'art. 93° de la Loi Fédérale n° 8.213, du 24 juillet 1991, dispose qu'une entreprise ayant 100 (cent) employés ou plus est obligée d'occuper de 2% (deux pour cent) à 5% (cinq pour cent) de ses postes avec des bénéficiaires réhabilités ou des handicapés, habilités, dans la proportion suivante: I – jusqu'à 200 employés 2%; II – de 201 à 500 3%; III – de 501 à 1000 4%; IV – au-dessus de 1.001 5%” (voir aussi l'art. 36 du Décret fédéral n° 3.298, du 20 décembre 1999). À son tour, l'art. 24, XX, de la Loi fédérale n° 8.666, du 21 juin 1993, dispense la licitation pour le recrutement d'une association d'handicapés, sans fins lucratives et ayant une capacité établie, par des organes ou entités de l'administration publique, pour rendre des services ou fournir de la main-d'œuvre, une fois que le prix évalué est compatible avec celui du marché. »

c) *Personnes âgées.*

La Constitution prévoit la prestation d'assistance sociale à ceux qui en ont besoin, visant notamment la protection à la vieillesse (art. 203^o, I), et assure aux personnes âgées l'inscription sur les listes électorales et le vote facultatifs (art. 14^o, § 1^o, II, b) et la gratuité des transports en commun urbains (art. 230^o, § 2^o).

IV.- La Protection des Indiens

Sans ignorer l'existence de controverses sur la classification des groupes indigènes en tant que minorités, au moins à la lumière de la structure de l'ONU¹⁹, on doit souligner que la Constitution brésilienne a porté une attention particulière à ce sujet. Parmi les nombreuses dispositions existantes²⁰, et outre la garantie assurée aux communautés indigènes, s'agissant de l'enseignement fondamental, de l'utilisation de leur langue maternelle et de leurs procédés propres d'apprentissage (art. 120, § 2^o), on compte les suivantes :

Art. 231. L'organisation sociale, les coutumes, langues, croyances et traditions, droits originaires sur les terres qu'ils occupent depuis toujours sont reconnus aux indiens, étant précisé qu'il est du ressort de l'Union des États Brésiliens de délimiter, de protéger et de faire respecter tous leurs biens.

§ 1^o - Sont des terres traditionnellement occupées par les indiens celles où ils habitent de façon permanente, celles utilisées pour leurs activités productives, celles indispensables pour la préservation des ressources de l'environnement nécessaires à leur bien-être et celles nécessaires à leur reproduction physique et culturelle, selon leurs usages, coutumes et traditions.

§ 2^o - Les terres traditionnellement occupées par les indiens sont destinées à leur possession permanente, le droit d'usufruit des richesses du sol, des fleuves, rivières et des lacs existants leur revenant.

§ 3^o - L'exploitation des ressources hydrauliques, y compris les potentiels énergétiques, la recherche et l'exploitation des richesses minérales en terres indigènes ne peuvent être effectués qu'avec l'autorisation du

19 WUCHER souligne: « L'existence de deux groupes de travail – un sur les populations indigènes et l'autre sur les minorités – dans la sphère de la Sous-commission, montre le manque de consensus pour déterminer si les populations indigènes doivent ou non être considérées minorités ». « Cependant, la distinction entre la notion de population autochtone et celle de minorité n'est pas toujours évidente, bien que les migrants et les populations indigènes soient traditionnellement exclus de la protection des minorités » (Cf. PIRES, œuvre citée, p. 52. cf. également BOKATOLA, œuvre citée, p. 11-12, note 9) » (œuvre citée, p. 46, note 81).

20 Voir le disposé dans les articles 20^o, XI; 22^o, XIV; 49^o, XVI; 109^o, XI; 129^o, V; 176^o, § 1^o; 231^o, § 3^o et 232^o.

Congrès National, les communautés affectées ayant été entendues et assurées d'une participation aux résultats d'exploitation, conformément à la loi.

§ 4° - Les terres dont traite cet article sont inaliénables et indisponibles, et les droits sur ces terres imprescriptibles.

§ 5° - Le déplacement des groupes indigènes de leurs terres est interdit, sauf «ad referendum» du Congrès National, en cas de catastrophe ou d'épidémie qui mette en péril leur population, ou dans l'intérêt de la souveraineté du Pays, après délibération du Congrès National, et sous garantie, en toute hypothèse, de leur retour immédiat dès que cesse le risque.

§ 6° - Les actes qui auraient pour objet l'occupation, le domaine et la possession des terres auxquelles se réfère cet article ainsi que l'exploitation des richesses naturelles du sol, des fleuves, rivières et lacs existants, sont nuls et dépourvus d'effet juridique, sauf en cas de grand intérêt public de l'Union des États Brésiliens, selon ce qu'établirait une loi complémentaire.

§ 7° - Ce qui est établi dans l'art. 174°, § 3° et § 4° ne s'applique pas aux terres indigènes.

Malgré le poids de la louable préoccupation des constituants quant à l'intérêt des indiens, quelques auteurs mettent en question l'excessive protection offerte, spécialement parce qu'il n'y a rien de semblable en faveur des noirs ou des métis, qui constituent environ la moitié de la population brésilienne et qui bénéficient en fait et au niveau constitutionnel de beaucoup moins de considération que les deux-cent cinquante mille indiens brésiliens ».²¹

V. Les politiques de l'action positive (Affirmative Action).

Contrairement à ce qui se passe avec d'autres régimes constitutionnels, comme c'est le cas de l'Afrique du Sud (art. 9.2), de la Namibie (art. 23°) et du Canada (art. 15° du *Charter of Rights*), la Constitution fédérale du Brésil ne comporte, sauf la réserve précitée relative au pourcentage des postes et emplois publics pour les handicapés (art. 37°, VIII), aucune prévision autorisant expressément la mise en oeuvre de politiques d'action positive (*Affirmative Action*) (appelées aussi de discriminations positives) en faveur de groupes sociaux qui se trouvent en conditions défavorables, en raison, la plupart du temps, de discriminations passées ou présentes.²² Cependant, face à l'efficacité démontrée du combat

21 Cf. Ives Gandra MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil* (Commentaires sur la Constitution Brésilienne), Saraiva, v. 8°, p. 1046.

22 Selon l'un des auteurs, l'action positive (*Affirmative Action*) est un terme de grande portée qui désigne un ensemble de stratégies, d'initiatives ou de politiques visant à favoriser des groupes ou des segments sociaux qui se trouvent dans les pires conditions de compétition

contre la discrimination et pour l'implantation de cette égalité de droits si souhaitée au point d'être prévue²³ en divers instruments internationaux, de telles politiques, si importantes pour la protection des minorités²⁴, sont devenues le centre d'attention des autorités brésiliennes dans un passé récent réalité, bien que quelques mesures isolées aient déjà été prises, autant en faveur d'individus noirs que de femmes²⁵, cette importance est en grande partie due à l'orientation imposée par l'actuel Président de la République, Fernando Henrique CARDOSO qui, bien qu'il reconnaisse l'existence de quelques résistances sociales²⁶, perçoit dans ces politiques un instrument adéquat pour combattre le racisme et les discriminations de toute sorte. C'est ainsi qu'en décembre 2001, il a autorisé simultanément l'adoption des mesures suivantes : a) la réserve de 20% des postes publics dans la sphère fédérale n'exigeant pas de concours pour les noirs ; b) la création d'un programme éducationnel pour aider les noirs à avoir accès à la carrière diplomatique, c) l'obligation faite aux entreprises qui rendent service à l'administration publique fédérale de maintenir des politiques d'action positive (*Affirmative Action*).

Bien qu'elle commence aussi à apparaître dans la sphère du Pouvoir législatif²⁷, cette tendance suscite un débat serré sur la constitutionnalité de ces pratiques dans le contexte juridique brésilien, et il faudra sans doute du temps pour voir émerger une solution. Même en comptant sur l'appui

dans n'importe quelle société en raison, la plupart du temps, de la pratique de discriminations négatives, qu'elles relèvent du présent ou du passé. En d'autres termes, ce sont des mesures spéciales qui cherchent à éliminer les déséquilibres existants entre certaines catégories sociales jusqu'à ce qu'ils soient neutralisés, ce qui se réalise au moyen de mesures effectives en faveur des catégories qui se trouvent en position désavantageuse » (cf. MENEZES, œuvre citée, p. 27).

23 En plus des textes normatifs mentionnés, voir la "*Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*" (art. 1^o, § 4^o) (« Convention Internationale sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale ») et la "*Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*" (art. 4^o, I) (« Convention sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination contre la Femme »)

24 Cf. WUCHER, œuvre citée, p. 54 et suivantes.

25 Le § 3^o de l'art. 11^o de la loi n^o 9.300/95, par exemple, en réglementant les élections municipales du 3 octobre 1996, a établi que « vingt pour cent, au minimum, des places de chaque parti ou coalition devront être occupées par la candidature de femmes », suivant de près quelques expériences étrangères.

26 Le Président comprend qu'il est difficile d'implanter le « système des quotas » dans le champ de l'éducation, bien qu'il ne soit pas lui-même opposé à cette pratique. D'un autre côté, il croit que l'action positive (*Affirmative Action*) peut être un instrument important pour l'intégration raciale, nécessaire dans le marché du travail (cf. *O Presidente segundo o Sociólogo: Entrevista de Fernando Henrique Cardoso a Roberto Pompeu de Toledo* [Le Président selon le Sociologue: Entrevue de Fernando Henrique Cardoso avec Roberto Pompeu de Toledo], p. 328-335).

27 Entre autres, le Projet de loi du Sénat n^o 650/99, du Sénateur José SARNEY, qui a été Président de la République (1985/1990), présente l'*ementa* suivant: Il institue des quotas qui rendent favorable l'accès aux postes et emplois publics, à l'éducation supérieure et aux contrats du Fonds de financement pour l'étudiant de l'enseignement supérieur (FIES) à la population noire. »

informel des Présidents des deux tribunaux supérieurs du pays (Tribunal Fédéral Suprême²⁸ et Tribunal Supérieur de Justice) – ce qui, évidemment, en dépit de sa très grande signification, n'indique pas l'inclination du Pouvoir judiciaire qui ne s'est pas encore manifesté sur la question – les doutes et controverses existants sont clairs. On remarquera par exemple à ce sujet que l'inclusion obligatoire d'artistes noirs dans une publicité officielle, bien que textuellement prévue dans la Constitution de l'État de Bahia²⁹ et dans la législation des municipalités de Rio de Janeiro³⁰ et de São Paulo³¹, a été interdite, par deux fois, par le Gouverneur de l'État de Mato Grosso du Sud, sous l'allégation d'inconstitutionnalité.

III. Le Programme National des Droits de l'Homme et les droits des minorités

La grande avancée vérifiée dans le champ de la protection des Droits de l'homme au Brésil résulte indiscutablement de l'élaboration du Programme National des Droits de l'Homme - PNDH, dont la version originale a été présentée en annexe au Décret n° 1904, le 13 mai 1996. Cette initiative, qui a d'ailleurs été applaudie par la Commission des Droits de l'Homme de l'ONU, à l'occasion du *Relatório Inicial brasileiro Relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Rapport Initial brésilien Relatif au Pacte International des Droits Civils et Politiques)* de 1966, a été élaborée en juillet 1996³² en harmonie avec la prévision constante de la Déclaration Mondiale des Droits de l'Homme (1993), et démontre la préoccupation du gouvernement envers la protection des Droits de l'Homme. D'ailleurs, le Président de la République lui-même, dans le texte de présentation du PNDH, a exprimé sa conviction que ce programme représenterait un « point de repère clair et univoque du compromis du pays quant à la protection des femmes, des hommes, des enfants, des personnes âgées, des minorités et des exclus ».

Le PNDH consiste en un plan d'action qui identifie des mesures à court, moyen et long terme dans divers secteurs. Dans ce sens, les propositions suivantes d'actions gouvernementales sont mentionnées, entre

28 Cf. Min. Marco Aurélio MELLO, "Óptica Constitucional – A igualdade e as Ações Afirmativas" (« L'Optique Constitutionnelle – L'égalité et les Actions Positives » in *Revista da Academia Paulista de Magistrados* (Revue de l'Académie de São Paulo de Magistrats) n° 1, p. 4 et suivantes.

29 L'art. 289^o dispose : « Toute les fois que sera véhiculée une publicité de l'État de plus de deux personnes, l'inclusion d'une personne de la race noire sera assurée ».

30 La Loi municipale n° 2.325 du 15 mai 1995 prévoit l'inclusion de « au minimum, quarante pour cent d'artistes et modèles noirs dans l'idéalisation et la réalisation de la publicité ou l'annonce » (art. 1^o).

31 La Loi municipale n° 12.353 du 13 juin 1997 assure la participation d'individus noirs dans les événements publicitaires promus par la Mairie, mais sans établir de pourcentage. Le Projet de loi n° 258/97 prévoyait un quota minimum de 25% (vingt-cinq pour cent), mais celui-ci a été interdit par le Maire Celso PITTA, sur le fondement des articles 5^o, IV, IX et XIII et 220^o de la Constitution fédérale.

32 Cf. ALVES, œuvre citée, p. 44.

autres, dans la version originale du Programme National des Droits de l'Homme :

proposer une législation interdisant tout type de discrimination fondée sur l'origine, la race, l'ethnie, le sexe, l'âge, la croyance religieuse, la conviction politique ou l'orientation sexuelle, et révoquant les normes discriminatoires dans la législation infra-constitutionnelle, de façon à renforcer et consolider l'interdiction de pratiques discriminatoires présentes dans la législation constitutionnelle;

par rapport à la population noire, «développer des actions positives pour l'accès des noirs à l'enseignement professionnel, à l'université et aux secteurs de technologie de pointe », « appuyer les actions d'initiative privée qui réalisent une discrimination positive » et «formuler des politiques compensatoires qui promeuvent socialement et économiquement la communauté noire »;

par rapport aux sociétés indigènes, implanter et assurer des programmes de santé et d'éducation scolaire différenciés, en considérant les spécificités de ces sociétés; implanter la Convention Internationale sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale.

La nouvelle version du PNDH a été soumise à consultation publique au début de l'année 2002. Pour ce qui concerne les minorités, on peut remarquer quelques changements importants, comme la dissémination des prévisions qui tendent à éviter les discriminations dues à l'orientation sexuelle des individus, ainsi que la référence spécifique à des groupes déterminés (*verbi gratia* gitans)³³, bien que d'autres, avec une présence marquée au Brésil, aient été oubliés (*verbi gratia* les juifs)³⁴, ce qui

33 Il est mentionné dans le "RELATÓRIO DO COMITÊ NACIONAL PARA A PREPARAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA III CONFERÊNCIA MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA" (« RAPPORT DU COMITÉ NATIONAL POUR LA PRÉPARATION BRÉSILIENNE À LA III CONFÉRENCE MONDIALE DES NATIONS UNIES CONTRE LE RACISME, LA DISCRIMINATION RACIALE, LA XÉNOFOBIE ET L'INTOLÉRANCE CORRÉLATIVE [DURBAN, du 31 AOÛT au 7 SEPTEMBRE 2001] »): Les gitans, en tant que minorités ethniques, méritent des droits spéciaux réglés par des instruments internationaux, ratifiés par le Gouvernement brésilien. Dans le système juridique brésilien, la protection légale des gitans dérive de normes constitutionnelles génériques qui établissent le droit à la non discrimination, à la libre circulation et à la reconnaissance des droits culturels. Il existe, cependant, une compétence spécifique pour la défense des droits gitans du Ministère public fédéral dans sa « Chambre de Coordination et Révision des Droits des Communautés Indigènes et des Minorités » (mis en valeur), qui incluent les communautés noires isolées et les minorités gitanes ».

34 Dans le rapport cité dans la note antérieure, il a été reconnu cependant : « La Communauté juive, comme telle, n'est objet d'aucune politique publique spécifique ». « La protection des Droits de l'Homme de la communauté juive serait envisagée par d'amples politiques de protection des droits des minorités ». Cependant, on suggère: « La proposition principale pour la défense et la protection effective contre la discrimination de la communauté juive a rapport avec l'interdiction de la divulgation de propagande et de messages racistes et xénophobes, qui diffament la communauté et incitent à la haine contre leurs valeurs spirituelles et culturelles ».

n'est d'ailleurs pas une erreur exclusivement nationale.³⁵ À titre d'illustration, on peut citer les exemples suivants:

98. Empêcher la propagande d'idées néo-nazies et d'autres idéologies qui prêchent la violence, particulièrement contre les groupes minoritaires;

103. Considérer, dans les moyens de communication, des éléments destinés à relever l'auto-estime des afro-descendants, des peuples indigènes et d'autres groupes historiquement victimes du racisme et d'autres formes de discrimination;

105. Prévenir et combattre l'intolérance religieuse, y compris en ce qui concerne les religions minoritaires et les cultes afro-brésiliens;

109. Proposer un *ementa* à la Constitution Fédérale pour inclure la garantie du droit à la libre orientation sexuelle et l'interdiction de la discrimination quant à l'orientation sexuelle;

117. Encourager l'adoption, par le pouvoir public et par l'initiative privée, de politiques d'action positive (*Affirmative Action*) comme moyen de combattre l'inégalité;

118. Promouvoir des études pour l'altération de la Loi sur les Licitations Publiques de façon à rendre possible que, une fois épuisés tous les procédés de licitation, en cas d'ex æquo, le critère pour départager – aujourd'hui défini par tirage au sort – soit remplacé par le critère d'adoption, par les parties à une licitation, de politiques d'action positive (*Affirmative Action*) en faveur de groupes discriminés;

183. Adopter, dans le champ d'action de l'Union des États brésiliens, et stimuler l'adoption, par les états et municipalités, de mesures de caractère compensatoire visant à l'élimination de la discrimination raciale et à la promotion de l'égalité des opportunités, telles que: un plus grand accès des afro-descendants aux universités publiques, à l'enseignement professionnel, aux secteurs de technologie de pointe, aux postes et emplois publics, y compris les postes de confiance, de forme proportionnelle à leur représentation dans l'ensemble de la société brésilienne;

184. Créer des banques de donnée sur les droits civils, politiques, sociaux, économiques et culturels des afro-descendants dans la société brésilienne, dans le but d'orienter l'adoption de politiques publiques positives;

35 Cf. RICHARD POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, p. 103.

RAPPORT BRÉSILIEN

691

185. Étudier la viabilité de la création de fonds de réparation sociale destinés à financer des politiques d'action positive (*Affirmative Action*) et des politiques de promotion de l'égalité d'opportunités;

186. Appuyer les actions d'initiative privée dans le champ de la discrimination positive et de la promotion de la diversité dans l'ambiance du travail;

194. Stimuler des actions qui contribuent à la préservation de la mémoire et à l'incitation à la production culturelle de la communauté afro-descendante au Brésil;

196. Stimuler la présence proportionnelle des groupes raciaux qui composent la population brésilienne dans des publicités institutionnelles contractées par les organes de l'administration directe et indirecte et par des entreprises d'État;

208. Promouvoir un enseignement fondé sur la tolérance, la paix et le respect à la différence, qui considère la diversité culturelle du pays, y compris l'enseignement sur la culture et l'histoire des afro-descendants;

218. Garantir aux peuples indigènes l'assistance dans le secteur de la santé, avec l'installation de programmes de santé différenciés, considérant les spécificités de cette population et donnant priorité à des actions dans le champ de la médecine préventive et de la sécurité alimentaire;

219. Assurer aux peuples indigènes une éducation scolaire différenciée, respectant son univers socioculturel, et rendre possible l'accès des étudiants indigènes à l'enseignement fondamental du lycée et de l'université;

221. Réaliser des politiques de communication et de divulgation d'informations sur les peuples indigènes, spécialement dans les écoles publiques et privées de l'enseignement élémentaire et secondaire, en vue de l'avancement de l'égalité et du combat contre la discrimination;

250. Promouvoir et protéger les Droits de l'Homme et les libertés fondamentales des gitans;

251. Appuyer la réalisation d'études et de recherches sur l'histoire, la culture et les traditions de la communauté gitane.