

## *La criminalisation judiciaire des violences liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre au Brésil*

---

WALTER CLAUDIUS ROTHENBERG

Le Brésil est l'un des pays les plus violents envers les personnes LGBTQIA+. Cependant, les graves atteintes liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre n'étaient pas protégées par la loi criminelle avant 2019. À cette date, un important vide législatif a été comblé par une décision historique du Tribunal suprême fédéral, qui a étendu l'application de la loi punissant le racisme à ces cas spécifiques. Bien que cette décision puisse être considérée comme peu orthodoxe, elle a contribué à l'inclusion d'un groupe discriminé dans la société, renforçant ainsi la reconnaissance des personnes LGBTQIA+ en termes d'égalité.

Cet article examinera, dans sa première partie, l'absence de protection criminelle des personnes LGBTQIA+ au Brésil, malgré la protection accordée à d'autres groupes (I). Alors que plusieurs lois criminelles visent à prévenir la violence contre divers individus et groupes, le Parlement brésilien a longtemps hésité à étendre cette protection aux personnes LGBTQIA+. Pourtant, ces individus sont fréquemment victimes de violences motivées par des préjugés sexuels (A), nécessitant une réponse juridique appropriée.

En dépit de l'absence de législation spécifique pour sanctionner les graves atteintes aux personnes LGBTQIA+, le droit brésilien prévoit des mécanismes pour remédier à cette omission (B), dont le Tribunal suprême fédéral s'est saisi. La deuxième partie de cet article sera dédiée à la présentation et à la justification de la décision du Tribunal supérieur fédéral du Brésil de criminaliser les graves atteintes aux personnes LGBTQIA+ (II). Dans un premier temps, seront examinées les propositions légales soumises au Tribunal pour la criminalisation de l'homotransphobie (A). Ensuite, la décision du Tribunal sera analysée, mettant en lumière l'utilisation du concept de racisme pour appliquer la loi criminelle aux graves atteintes envers les personnes LGBTQIA+ (B).

Malgré les critiques formulées à l'encontre de l'utilisation jugée illégitime de l'analogie en matière pénale, le Tribunal suprême fédéral n'a fait que préciser la définition légale du racisme afin d'assurer un traitement isonomique aux personnes LGBTQIA+ en termes de protection criminelle.

### **I – L'ABSENCE DE PROTECTION CRIMINELLE POUR LES PERSONNES LGBTQIA+ AU BRÉSIL**

La législation relative à la protection criminelle, visant à réprimer les violations graves des droits des individus et des groupes, s'étend progressivement pour inclure des personnes particulièrement vulnérables, telles que les enfants et les populations autochtones. Cependant, le Parlement brésilien s'abstient d'adopter une loi criminalisant la violence à l'encontre des personnes LGBTQIA+.

### **A – PERSONNES ET GROUPES BÉNÉFICIAIRES D'UNE PROTECTION CRIMINELLE SPÉCIFIQUE AU BRÉSIL ET L'EXCEPTION DES PERSONNES LGBTQIA+**

Les infractions les plus graves commises contre les individus en général, et plus particulièrement contre des groupes vulnérables, sont qualifiées de crimes au Brésil, ainsi que dans de nombreux autres pays. Autrement dit, le Droit pénal peut servir d'instrument de reconnaissance des aspirations identitaires et peut articuler le principe juridique de l'égalité – dans sa version positive d'action affirmative<sup>1</sup> – avec le langage répressif du délit et de la peine.

En effet, les théories de la justice exigent aujourd'hui la reconnaissance des diverses identités, sensibilités, attaches et visions du monde<sup>2</sup>. Sur le plan juridique, il est crucial que la reconnaissance identitaire soit intégrée en tant qu'une des dimensions de la dignité humaine, érigée en fondement de l'État de droit démocratique par la Constitution brésilienne<sup>3</sup>.

La législation prend en considération la fragilité des individus vulnérables en leur accordant un traitement criminel spécifique. Examinons les exemples les plus remarquables.

En ce qui concerne les peuples indigènes, il y a la loi n° 6 001 de 1973, traitant du statut juridique de ces communautés. Cette loi est datée et repose sur une conception erronée favorisant l'assimilation et l'intégration plutôt que la reconnaissance de leur caractère distinct. Elle n'est pas conforme à la Constitution brésilienne actuelle, qui accorde aux peuples indigènes et à leurs groupes une autonomie, comme stipulé aux articles 231 et 232.

Pour les personnes noires, la loi n° 7 716 de 1989 définit les délits résultant de préjugés liés à la race ou à la couleur. En 1997, elle a été élargie pour inclure les critères d'appartenance ethnique, de religion ou d'origine nationale.

La loi n° 7 853 de 1989 (modifiée en 2015) est dédiée aux personnes handicapées et à leur intégration sociale. Elle est aujourd'hui accompagnée de la loi n° 13 146 de 2015, connue sous le nom de Statut des personnes handicapées.

La loi n° 8 069 de 1990, relative aux enfants et aux adolescents, représente une avancée significative dans la protection de cette population vulnérable.

Concernant les personnes âgées, la loi n° 10 741 de 2003 offre des dispositions spécifiques.

Pour les femmes, la loi n° 11 340 de 2006, également connue sous le nom de loi Maria da Penha, lutte contre la violence domestique et familiale. La loi n° 13 104 de 2015 définit le crime de féminicide comme une modalité aggravée d'homicide.

Pour les personnes atteintes du VIH ou du SIDA, la loi 12 984 de 2014 définit le délit de discrimination à leur encontre.

Toutes ces lois contiennent des dispositions spécifiques d'incrimination, au-delà des types pénaux génériques, exprimant ainsi une politique légale de reconnaissance.

Cependant, une lacune significative réside dans l'absence de référence légale aux personnes LGBTQIA+ au Brésil. En France, en revanche, la législation criminelle dans le domaine du travail, datant de 1985, réprime les « discriminations consistant à refuser un emploi, à sanctionner ou à licencier une personne, à subordonner une offre d'emploi

---

Docteur en Droit de l'Université Fédérale du Paraná. Habilitation à diriger des Recherches en Droits de l'Homme de l'Université de São Paulo. Diplôme Supérieur de l'Université (DSU) en Droit constitutionnel de l'Université Paris II. Enseignant au Centre Universitaire de Bauru. Procureur régional de la République.

<sup>1</sup> C. Pelluchon, *Réparons le monde. Humains, animaux, nature*, Paris, Payot & Rivages, « Petite Bibliothèque », 2020.

<sup>2</sup> A. Honneth, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Sao Paulo, Editora 34, 2015, 2<sup>e</sup> édition.

<sup>3</sup> D. Sarmiento, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, Belo Horizonte, Forum, 2016.

à la sexualité de la personne ». Les discriminations commises par les autorités publiques, qui refusent « le bénéfice d'un droit accordé par la loi et/ou entravent l'exercice normal de toute activité économique », sont également sanctionnées. De manière générale, plusieurs dispositions du Code pénal français prévoient une aggravation de la peine « à raison de leur [des victimes] orientation sexuelle vraie ou supposée ». Ainsi, Daniel Borrillo affirme que « le mobile homophobe est considéré aussi haineux que le mobile raciste ou antisémite »<sup>4</sup>.

L'absence d'incrimination des atteintes contre les personnes LGBTQIA+ révèle l'invisibilité qui tente de dissimuler l'oppression subie par ces individus. Comme l'a souligné Pierre Bourdieu :

L'oppression, en tant que forme d'invisibilisation, se manifeste par le refus d'une existence légitime, publique, c'est-à-dire connue et reconnue, notamment par le droit, et par une stigmatisation qui n'apparaît véritablement déclarée que lorsque le mouvement réclame de la visibilité<sup>5</sup>.

À un niveau supérieur à celui du plan législatif, cependant, la Constitution brésilienne exige expressément une protection criminelle, puisqu'elle interdit non seulement toute forme de discrimination (comme le font d'autres Constitutions, telles que l'italienne<sup>6</sup>), mais précise également que la loi doit punir « ... toute discrimination qui porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux [...] » (art. 5, XLI) et doit criminaliser la pratique du racisme (art. 5, XLII).

Il existe donc une détermination constitutionnelle spécifique de protection pénale contre la discrimination, engendrant des conséquences normatives.

Pourtant, le Brésil demeure, malheureusement, l'un des pays les plus violents du monde à l'égard des personnes LGBTQIA+. En 2022, 273 décès et actes de violence à l'encontre de personnes LGBTQIA+ ont été enregistrés, selon les données recueillies par l'Observatoire des décès et des violences contre les personnes LGBTQIA+, coordonné par le Groupe Gay de Bahia, le groupe « Acontece » (en français : « Ça arrive ») et le groupe Art et Politique LGBTQIA+. Chaque jour, de nouvelles tragédies révèlent que les personnes LGBTQIA+ sont tuées, gravement blessées ou offensées en raison de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle.

Que ce soit par crainte ou ignorance des victimes, ou par négligence des autorités, il est probable que les chiffres relatifs à cette violence soient largement sous-estimés. Cette réalité accablante ne devrait pas rester ignorée des législateurs. Cependant, malgré l'existence de nombreuses lois protégeant pénalement d'autres personnes et groupes vulnérables, le Parlement brésilien ne parvient pas à adopter des lois visant à protéger les personnes LGBTQIA+ par le biais du Droit Criminel, même si plusieurs projets de loi ont été proposés. Le Parlement semble hésiter face aux électeurs conservateurs, notamment ceux appartenant aux religions néo-pentecôtistes (dites évangéliques), qui avaient élu l'ex-président Bolsonaro en raison de son discours d'extrême droite, hostile à la communauté LGBTQIA+.

Cette inaction du Parlement perpétue la discrimination subie par les personnes LGBTQIA+ en les considérant comme différentes (inférieures) d'un point de vue moral et en leur refusant un statut égalitaire. En revanche, prônant un nouveau contrat social

---

<sup>4</sup> D. Borrillo, *Homosexuels : quels droits ?*, Paris, Dalloz, 2007.

<sup>5</sup> P. Bourdieu, *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2019, 15<sup>e</sup> édition.

<sup>6</sup> G. Zagrebelsky, V. Marcenò, F. Pallante, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, Milan, Le Monnier Università, 2018.

pour fonder les relations sociales, Paul Preciado note : « après sa dénaturalisation, la sexualité offre un modèle ouvert pour penser le rapport entre singularité et commun »<sup>7</sup>.

Au Brésil, les progrès juridiques significatifs en faveur des personnes LGBTQIA+ ne proviennent pas du Parlement, mais du système judiciaire, comme en témoigne la reconnaissance des couples de même sexe par le Tribunal suprême fédéral en 2011. L'égalité qui aurait dû être installée devant la loi se cache de la loi demeurant ainsi une aspiration difficile à concrétiser dans le droit brésilien.

## **B – LE DROIT BRÉSILIEN ET LE COMBLEMENT DE L'OMISSION LEGISLATIVE**

La Constitution fédérale brésilienne de 1988 regorge de dispositions, comptant près de 400 articles, ce qui la classe parmi les Constitutions programmatiques et prolixes. Afin de concrétiser les attentes normatives qu'elle renferme, la Constitution brésilienne s'est donné pour objectif de renforcer l'efficacité de ses dispositions et a prévu deux instruments juridiques spécifiques pour pallier l'omission des mesures, y compris les normes juridiques complémentaires, requises par la Constitution elle-même.

Une mesure juridique directe permettant de revendiquer des droits qui ne peuvent être satisfaits faute de réglementation est l'ordonnance d'injonction, prévue à l'article 5, LXXI de la Constitution :

Une ordonnance d'injonction sera accordée chaque fois que l'absence de norme réglementaire rend non viable l'exercice des droits et libertés constitutionnels et des prérogatives inhérentes à la nationalité, à la souveraineté et à la citoyenneté.

Malgré son objectif initial de répondre aux droits subjectifs, le champ d'application de l'ordonnance d'injonction s'est élargi, acceptant de combler les lacunes normatives de manière plus large.

Dans le domaine des techniques de contrôle de la constitutionnalité, la Constitution prévoit l'« action directe d'inconstitutionnalité par omission », établie à l'article 103 § 2° de la Constitution :

Une fois déclarée l'inconstitutionnalité par omission d'une mesure visant à rendre effective une norme constitutionnelle, le pouvoir compétent sera informé d'adopter les dispositions autorisées et, s'agissant de l'Administration, de le faire en trente jours.

Le cadre constitutionnel brésilien suit une logique en ce qui concerne la protection criminelle des personnes gravement atteintes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre. En effet, il existe des prescriptions de protection criminelle qui doivent être établies par le législateur, mais il existe également la possibilité de combler l'éventuelle omission législative. D'une part, l'art. 5, XLI et XLII de la Constitution prévoient des commandements constitutionnels assez spécifiques, établissant la punition criminelle pour la discrimination qui viole les droits et libertés fondamentaux ainsi que pour le racisme. D'autre part, étant donné que ces normes constitutionnelles nécessitent une réglementation par la loi, les mesures juridiques prévues à l'art. 5, LXXI (ordonnance d'injonction) et à l'art. 103, § 2° (action directe d'inconstitutionnalité par omission) peuvent combler cette lacune normative jusqu'à ce que la législation correspondante soit promulguée.

---

<sup>7</sup> P. B. Preciado, *Manifesto contrassexual. Práticas subversivas de identidade sexual*, Rio de Janeiro, Zahar, 2022.

Il s'agit d'une forme peu orthodoxe de séparation des pouvoirs, bien qu'exceptionnelle. En effet, le principe de séparation des pouvoirs n'adopte pas une seule formule et son dessin découle du modèle particulier établi par chaque ordre juridique, comme le démontre la variété des régimes présidentiels<sup>8</sup>. Dans le cas brésilien, le monopole parlementaire de la législation est brisé de manière ponctuelle et provisoire, uniquement s'il existe un commandement constitutionnel d'instituer une législation pour le réglementer et que la loi n'est pas édictée.

Il en découle donc que l'institution de crimes en cas de graves violations des droits des personnes en raison de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle n'est pas simplement une option politique du Parlement :

Il existe des commandements constitutionnels explicites qui déterminent la criminalisation de l'homotransphobie, de sorte que l'inertie du Congrès national, qui se refuse de légiférer, caractérise une illégalité (omission inconstitutionnelle)<sup>9</sup>.

On peut ajouter au cadre normatif interne plusieurs règles de droit international liant le Brésil, ainsi que la jurisprudence des cours internationales. Ces éléments ont été pris en compte par le Tribunal suprême fédéral lors du jugement ayant abouti à la criminalisation de l'homotransphobie.

Au niveau mondial de l'Organisation des Nations Unies, l'interdiction de la discrimination en général est consacrée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, dans la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ainsi que dans les Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité des droits de l'homme a considéré en 1994, dans l'affaire « Toonen vs. Australie », que la punition des relations homosexuelles violait la protection contre la discrimination et le droit au respect de la vie privée prévus dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté la Résolution 17/19 sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Il faut ajouter les « Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale sur les droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre », rédigés par une commission internationale de juristes en 2006 et, bien que n'étant pas issus d'une convention ou d'un traité, sont largement référencés en tant que « soft law »<sup>10</sup>.

Au plan régional américain, la Charte de l'Organisation des États américains et la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, datées de 1948, ainsi que la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 (connue sous le nom de Pacte de Saint Joseph du Costa Rica) interdisent la discrimination en général. La Convention interaméricaine contre le racisme, la discrimination raciale et les formes d'intolérance qui y sont associées (2013) est considérée comme le premier document international juridiquement contraignant qui condamne expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité et l'expression de genre. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré en 2012, dans l'affaire « Atala Riffo et Enfants X Chili », qu'il n'y a aucun inconvénient à la formation d'un enfant au sein

---

<sup>8</sup> L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001, 4<sup>e</sup> édition.

<sup>9</sup> W. C. Rothenburg, « Reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal », in Iotti Paulo (org.), *O STF e a hermenêutica penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo (sem legislar nem fazer analogia)*, Bauru, Spessotto, 2022, p. 359 sq.

<sup>10</sup> A. C. Ramos, *Curso de direitos humanos*, São Paulo, SaraivaJur, 2023, 10<sup>e</sup> édition.

d'une famille (union) de même sexe. Elle a également reconnu la discrimination pratiquée par les membres du Pouvoir Judiciaire lorsqu'ils prennent des décisions qui contreviennent directement au droit à l'égalité consacré dans les normes internationales et nationales des droits de l'homme. En outre, la Cour a publié l'Avis consultatif 24 de 2017 concernant les obligations de l'État relatives au changement de nom, d'identité de genre et aux droits dérivés d'un lien entre couples de même sexe.

Cette tendance internationale de dépénalisation de l'homosexualité est suivie par l'Union Européenne, conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme depuis des décennies<sup>11</sup>.

Il semble paradoxal qu'il y ait dans le droit une tendance très marquée à proscrire l'incrimination de l'homosexualité et d'autres manifestations d'orientation sexuelle et d'identité de genre, excluant ainsi les personnes LGBTQIA+ du Droit Criminel en tant qu'agents. Cependant, il n'y a pas d'inclusion des personnes LGBTQIA+ en tant que victimes, c'est-à-dire, leur accorder la protection du Droit Criminel lorsqu'elles subissent de graves atteintes.

## II – LA DÉTERMINATION DE LA CRIMINALISATION JUDICIAIRE DES GRAVES ATTEINTES AUX PERSONNES LGBTQIA+ PAR LE TRIBUNAL SUPRÊME FÉDÉRAL DU BRÉSIL

Face à l'inertie des législateurs brésiliens, qui persistent à ne pas promulguer une loi de protection criminelle en faveur des personnes LGBTQIA+, une mobilisation sociale et politique s'est organisée pour proposer des mesures juridiques incitant le Pouvoir Judiciaire à se prononcer sur la question. Celui-ci, par le biais de son organe suprême du système judiciaire, le Tribunal suprême fédéral, a fait face au problème avec courage institutionnel et a rendu une décision constructive en s'appuyant sur la compréhension du concept de racisme.

### A – LES MESURES JURIDIQUES VISANT A OBTENIR LA CRIMINALISATION DE L'HOMOTRANSPHOBIE

La lutte pour les droits des personnes LGBTQIA+ au Brésil, et dans la plupart des pays, se heurte à des obstacles importants au niveau de la représentation politique, en raison du conflit avec les conceptions religieuses et morales prédominantes. Les représentants élus au Parlement brésilien manifestent peu d'intérêt pour l'approbation de lois consacrant des droits aux minorités LGBTQIA+ et vont même jusqu'à les éviter. Les lois existantes utilisent soit des termes généraux, tels que l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, soit une formulation trop conservatrice et étroite, comme la référence au mariage entre un homme et une femme (voir l'article 226 § 3 de la Constitution brésilienne).

Au fil des années, malgré plusieurs propositions de projets de loi par la société civile et les représentants politiques minoritaires, aucun succès n'a été obtenu au Parlement. C'est au sein du Pouvoir Judiciaire que ces initiatives ont trouvé écho, que ce soit par l'annulation de dispositions légales discriminatoires envers les personnes LGBTQIA+ ou par l'élargissement de l'interprétation de la législation existante. En 2015, le Tribunal suprême fédéral a supprimé du Code pénal militaire les termes « pédérastie » et « homosexuel ou non », jugés « péjoratifs et discriminatoires ». Quelques années plus tôt, en 2011 pour le concubinage et en 2013 pour le mariage, les unions affectives entre

---

<sup>11</sup> H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 2021, 8<sup>e</sup> édition.

deux personnes du même sexe ont été reconnues malgré le modèle conventionnel « homme-femme » établi dans la Constitution et le Code civil.

Bien que le Pouvoir judiciaire ait ouvert la voie à la reconnaissance d'autres droits, la protection criminelle face aux graves atteintes semblait être un défi insurmontable, étant donné que l'exigence législative est une barrière pour le Droit Criminel, en vertu du principe de la légalité des délits et des peines<sup>12</sup>. Cependant, la Constitution brésilienne confère aux législateurs le devoir de criminaliser la discrimination violant les droits fondamentaux, ainsi que le racisme. Comment concilier ces deux orientations juridiques apparemment contradictoires ?

Voyant dans cette situation une opportunité de débattre de l'absence de protection criminelle pour les personnes LGBTQIA+ par le biais judiciaire et de contraindre le Parlement brésilien, l'Association brésilienne des gays, lesbiennes et transgenres (ABGLT) a intenté en 2012 une demande d'« ordonnance d'injonction » devant le Tribunal suprême fédéral, fondée sur l'article 5, LXXI de la Constitution. L'objectif était d'obtenir la reconnaissance de l'omission normative et, le cas échéant, d'appliquer la législation punissant le racisme aux graves violations des droits des personnes LGBTQIA+. Les ordonnances d'injonction étaient initialement prévues pour garantir l'application des droits fondamentaux dans des cas spécifiques en l'absence de réglementation générale, mais le Tribunal a élargi leur portée pour permettre de combler l'omission législative.

Par précaution, afin d'assurer que la demande soit perçue comme une mesure objective de lutter contre le manque législatif, un parti politique (le Parti Populaire Socialiste) a proposé en 2013 une action directe d'inconstitutionnalité par omission, sur des termes similaires, fondée sur l'article 103 § 2 de la Constitution. Les deux affaires ont été jugées conjointement en 2019.

Il convient de souligner que l'initiative d'une association et d'un parti politique confère à la discussion judiciaire une dimension démocratique, abordant non seulement l'égalité des sujets<sup>13</sup> mais aussi la participation. L'intervention d'acteurs non étatiques permet le pluralisme des voix dans la sphère publique, représentant ainsi une minorité (un groupe vulnérable) qui doit être présente avec ses attentes, ses corps, et sa précarité<sup>14</sup>. De plus, cette intervention sert de contrainte pour inciter les organismes officiels à réagir. C'est de la démocratie continue dont parle Dominique Rousseau<sup>15</sup>.

Le Tribunal suprême fédéral au Brésil était donc confronté au défi d'une question controversée sur le plan moral et complexe sur le plan juridique : serait-il possible de rendre une décision établissant la criminalisation des graves atteintes aux personnes LGBTQIA+ ? Et dans quels termes une telle décision pourrait-elle être rendue ?

## **B – UNE DECISION CREATIVE DU TRIBUNAL SUPERIEUR FEDERAL FONDEE SUR LE CONCEPT DE RACISME**

Il est véritablement surprenant que le Pouvoir Judiciaire établisse une hypothèse d'incrimination pour les violences pratiquées contre les personnes LGBTQIA+. Dans un État de Droit traditionnellement lié aux principes de la réserve de la loi et de

---

<sup>12</sup> H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 2021, 8<sup>e</sup> édition.

<sup>13</sup> C. Pelluchon, *Réparons le monde. Les humains, les animaux, la nature*, Paris, Payot & Rivages, « Petite Bibliothèque », 2020.

<sup>14</sup> J. Butler, *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2018.

<sup>15</sup> D. Rousseau, *Radicalizar a democracia : proposições para uma refundação*, Porto Alegre, Unisinos, 2019.

l'antériorité en matière criminelle<sup>16</sup> (« nulum crimen nula poena sine lege »), une décision judiciaire qui crée un type criminel n'est pas du tout orthodoxe.

Pourtant, le Tribunal suprême fédéral au Brésil avait réuni les conditions pour prendre une telle décision. Tout d'abord, il avait reconnu une série de droits des personnes LGBTQIA+ au cours des dernières années et continuait de le faire au besoin. Ensuite, il avait donné une interprétation élargie du concept légal de racisme dans une célèbre décision de 2002 concernant l'antisémitisme<sup>17</sup>. Il avait également eu l'occasion d'utiliser les modalités de comblement de l'omission normative pour réglementer des dispositifs constitutionnels (même s'il s'agissait de questions non pénales). Enfin, la criminalisation de l'homophobie n'a pas été un événement isolé ou soudain, puisqu'elle a été précédée par d'autres décisions visant à garantir les droits des personnes LGBTQIA+ et à combler les lacunes législatives.

La décision la plus importante du Tribunal suprême fédéral brésilien en faveur des personnes LGBTQIA+ a été rendue en 2011 et portait sur un article du Code Civil qui, conformément à la Constitution, faisait référence au mariage et au concubinage exclusivement entre un homme et une femme. Le Tribunal a reconnu le concubinage entre personnes du même sexe comme une entité familiale et lui a attribué les mêmes règles et conséquences juridiques qu'aux unions affectives hétérosexuelles<sup>18</sup>. Cette interprétation a été étendue aux mariages par décision du Conseil National de la Justice en 2013<sup>19</sup>.

En 2015, le Tribunal suprême fédéral a éliminé les références à la « pédérastie » du Code pénal militaire, considérées en conflit avec la liberté d'orientation sexuelle<sup>20</sup>. En 2017, il a abouti à l'égalisation du régime successoral entre époux et partenaires dans une union homosexuelle stable<sup>21</sup>. En 2018, deux décisions ont accordé aux personnes transgenres le droit de substituer leur prénom et leur sexe à l'état civil indépendamment de toute chirurgie de conversion sexuelle ou de traitements hormonaux ou pathologisants<sup>22</sup>.

Même après la décision d'instituer la criminalisation de l'homotransphobie, objet de cette exposition, le Tribunal suprême fédéral continue à affirmer les droits des personnes LGBTQIA+. En 2020, la restriction du don de sang par des homosexuels a été interdite<sup>23</sup>. La même année, une loi locale d'inspiration idéologique interdisant l'enseignement sur le genre et l'orientation sexuelle aux enfants, adolescents et jeunes à

---

<sup>16</sup> L. Favoreu, L. Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001, 11<sup>e</sup> édition.

<sup>17</sup> Habeas Corpus 82 424/RS – affaire Ellwanger (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>).

<sup>18</sup> Action Directe d'Inconstitutionnalité 4 277/DF (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>) et ADPF (allégation de non-respect d'un précepte fondamental) 132/RJ (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>).

<sup>19</sup> Résolution CNJ n° 175 (<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>).

<sup>20</sup> ADPF (allégation de non-respect d'un précepte fondamental) 291/DF (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>).

<sup>21</sup> Appel Extraordinaire RE 646 721/RS (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>).

<sup>22</sup> Action Directe d'Inconstitutionnalité 4 275/DF (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>) et Appel Extraordinaire RE 670.422/RS

(<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>).

<sup>23</sup> Action Directe d'Inconstitutionnalité 5 543/DF (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>).

l'école a été annulée<sup>24</sup>. Le Brésil étant un État fédéral où les municipalités bénéficient d'une certaine autonomie politique, législative et administrative, la décision du Tribunal suprême fédéral a marqué une avancée significative.

Le précédent le plus important de l'établissement de la punition criminelle envers les graves atteintes aux droits des personnes LGBTQIA+ a été créé par une décision de 2003 dans le célèbre arrêt « Ellwanger »<sup>25</sup>. Il s'agissait du cas d'un éditeur et auteur condamné pour avoir publié un ouvrage antisémite, niant notamment l'Holocauste des Juifs pendant la Seconde Guerre mondiale. Le condamné ne contestait pas les faits, mais arguait que cela ne devait pas être qualifié de crime de racisme selon la législation brésilienne, car la Constitution considère le racisme comme un crime imprescriptible à l'article 5, XLII.

La défense d'Ellwanger a soutenu que la connaissance du génome humain avait démontré que les êtres humains ne sont pas divisés en races, affirmant ainsi que l'antisémitisme ne pouvait pas être considéré comme du racisme. Le Tribunal a écarté cet argument en considérant que le racisme n'est pas un concept purement biologique mais culturel, impliquant l'intention d'inférioriser un groupe social par rapport à un autre<sup>26</sup>. Ainsi, le Tribunal a qualifié ce préjugé dans la définition légale de racisme selon la loi n° 7 716 de 1989 sur les délits résultant de préjugés fondés sur la race, la couleur, l'appartenance ethnique, la religion ou l'origine nationale.

Les critiques de la décision l'accusent d'appliquer l'analogie, interdite en matière criminelle, mais le Tribunal a simplement précisé le sens du racisme contenu dans la loi criminelle.

Le Tribunal suprême fédéral au Brésil a donc constaté que les commandements constitutionnels exigeant que la loi punisse la discrimination violant les droits fondamentaux et le racisme n'étaient pas respectés. L'actuation judiciaire supplétive de l'absence de loi par le biais des mesures spécifiques de l'ordonnance d'injonction et de l'action directe d'inconstitutionnalité par omission n'avait pas encore été activée dans le domaine criminel, où prédomine le monopole du législateur.

Par exemple, le Tribunal avait accordé le droit prévu dans la Constitution à la retraite spéciale des fonctionnaires publics dont les activités sont exercées dans des conditions particulières préjudiciables à la santé ou à l'intégrité physique, mais cela relevait du domaine de la sécurité sociale. Dans ce cas, étant donné que la loi demandée pour réglementer le droit à la retraite spéciale n'avait pas été éditée, le Tribunal a déterminé l'application de la loi concernée aux travailleurs du secteur privé dans des conditions similaires.

Il a fallu repousser davantage la frontière du Droit Criminel, ce que le Tribunal suprême fédéral brésilien a fait par une décision créative. Il a d'abord attesté de l'absence de législation de la part du Parlement, puis a comblé l'omission normative par une décision constitutive.

Si, d'une part, la décision est audacieuse en reconnaissant une hypothèse jusqu'alors non considérée dans le concept légal de racisme, d'autre part, le Tribunal a respecté la compétence du Parlement en déterminant l'application de la législation existante sur les délits résultant de préjugés fondés sur la race, la couleur, l'appartenance ethnique, la religion ou l'origine nationale.

---

<sup>24</sup> ADPF (allégation de non-respect d'un précepte fondamental) 457/GO  
(<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>).

<sup>25</sup> Habeas Corpus 82 424/RS  
(<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>).

<sup>26</sup> D. W. Arguelles, *O Supremo: entre o direito e a política*, Rio de Janeiro, História Real, 2023.

De cette manière, le Tribunal suprême fédéral a assuré la protection du Droit Criminel en faveur des personnes LGBTQIA+. Il a considéré que les graves atteintes à ces personnes, commises en raison de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle, caractérisent le racisme, une qualification déjà établie par le Tribunal en 2003 à l'égard de l'antisémitisme. En conséquence, il a ordonné l'application de la loi de 1989 qui punit les actes de racisme.

## CONCLUSION

Bien que le Brésil soit l'un des pays les plus violents envers les personnes LGBTQIA+, il n'existait pas de loi punissant les atteintes graves à leur égard. En vertu de la Constitution brésilienne, qui exige des mesures législatives pour combattre « toute discrimination portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux [...] » et pour criminaliser le racisme (art. 5, XLII), l'inaction du pouvoir législatif constitue une omission inconstitutionnelle.

La Constitution prévoit des mécanismes juridiques spécifiques pour remédier à l'omission législative (l'« ordonnance d'injonction » et l'« action directe d'inconstitutionnalité par omission »), qui ont permis au Tribunal suprême fédéral de rendre, en 2019, une décision novatrice. En effet, le Tribunal a su concilier les principes de légalité en matière pénale et de séparation des pouvoirs, en interprétant le concept de racisme dans une optique socioculturelle plutôt que génétique, et en appliquant la législation existante sur les crimes résultant de préjugés fondés sur la race, la couleur, l'appartenance ethnique, la religion ou l'origine nationale.

L'omission législative a ainsi été comblée par une décision judiciaire audacieuse et opportune, concrétisant la possibilité pour les personnes LGBTQIA+ d'affirmer leur identité dans le cadre de la protection criminelle.