

---

**ANALISI CRITICA DEL RAPPORTO TRA POTERI DI STATO: LA  
CRIMINALIZZAZIONE DELL'OMOFOBIA E DELLA TRANSFOBIA**

***ANÁLISE CRÍTICA DA RELAÇÃO ENTRE O PODERES DO ESTADO:  
A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA***

***CRITICAL ANALYSIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE  
POWERS OF THE STATE: THE CRIMINALIZATION OF  
HOMOPHOBIA AND TRANSPHOBIA***

**LETÍCIA VIRGINIA LEIDEN**

Doutora pela Universidade Gama Filho, com período de pesquisa na Università di Salerno e Pisa, Itália. Aperfeiçoamento em Direito Comparato pela Università Degli Studi di Salerno. Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Professora da Universidade Federal Fluminense – UFF. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3185-6624>

**RIASSUNTO**

**Obbiettivo:** Il dibattito sulla criminalizzazione della pratica dell'omofobia e della transfobia recentemente è stato il centro dell'analisi del giudiziario, esecutivo e legislativo in Brasile. Nel 2019, la Corte Suprema ha stabilito via l'azione diretta di incostituzionalità per omissione (ADO nº 26/DF), l'inerzia legislativa nelle legge di modifica per criminalizzare in tutte le forme, comportamenti discriminatori e pregiudizievoli nei confronti della popolazione LGBT. Si cerca, in questo contesto, analizzare come è stata la posizione adottata dai Poteri di Stato, considerando gli eccessi dell'attivismo, sia stata basata sul dialogo istituzionale o abbia ignorato il rapporto armonico inerente al Principio di Separazione dei Poteri.

**Metodologia:** L'analisi si basa su una ricerca bibliografica e legislativa, utilizzando casi studio, con metodo deduttivo e procedura strutturalista. Viene analizzata l'azione diretta di incostituzionalità per omissione (ADO nº 26/DF), in parallelo con le



---

constitucionalismo e le risposte del potere legislativo, specificamente gli progetti di legge ed, infine, la questione relativa al dialogo istituzionale.

**Risultati:** Nello scenario del rapporto tra i rami giudiziario, legislativo ed esecutivo, vi è una tensione, contro l'armonia dei poteri, di fronte alle posizioni non convergenti delle decisioni emanate dalla Corte - soprattutto nell'argomento degli eccessi, come l'attivismo giudiziario. Il caso analizzato è servito da metodologia di verifica per evidenziare gli assi di difficoltà, sempre legati alle istituzioni pubbliche, che richiedono un nuovo modo di affrontare il problema.

**Contributi:** Si estrae il tentativo di condurre la verifica dal luogo che occupa la decisione, sua aspettativa, sua funzionalità, dal punto di vista giurisdizionale e il rapporto tra i poteri. La teoria dialogica contribuisce a una migliore attuazione della Costituzione e del costituzionalismo, specialmente in un rapporto approssimativo tra i poteri dello Stato.

**Parole-chiave:** Costituzionalismo; Potere Giudiziario; Azione di incostituzionalità per omissione nº 26/DF; Dialogo tra i poteri.

## RESUMO

**Objetivo:** *O debate sobre a criminalização da prática da homofobia e da transfobia recentemente tornou-se o centro da análise dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo no Brasil. Em 2019, o Supremo Tribunal Federal considerou em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO nº 26/DF), a inércia legislativa na criminalização em todas as formas comportamentos discriminatórios e prejudiciais em face da população LGBT. Pretende-se, nesse contexto, analisar se a postura adotada pelos Poderes de Estado, considerando os excessos do ativismo, pautou-se no diálogo institucional ou ignorou a relação harmônica inerente ao Princípio da Separação dos Poderes.*

**Metodologia:** *A análise tem por base uma pesquisa bibliográfica e legislativa, utilizando um estudo de caso, em uso do método dedutivo e com procedimento estruturalista. Se analisará a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO nº 26/DF), em paralelo com o constitucionalismo e as respostas do Poder Legislativo, especificamente os projetos de lei e, sob análise de fundo o diálogo institucional.*

**Resultados:** *No cenário da relação entre os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo aparece uma tensão em face da harmonia dos poderes, confrontada pela ausência de convergência com as decisões do Supremo Tribunal Federal – sobretudo no argumento dos excessos, como o ativismo judicial. O caso analisado serviu como metodologia verificativa para evidenciar os fatores de dificuldade,*



---

*sempre vinculados aos poderes públicos, o que requer um novo modelo de enfrentar o problema.*

**Contribuições:** *Se extrai uma tentativa de conduzir a verificação do lugar que ocupa a decisão, sua expectativa, sua funcionalidade, do ponto de vista jurisdicional e a relação entre os poderes. A teoria dialógica contribui para uma atuação mais próxima da Constituição e do constitucionalismo, especialmente numa relação aproximativa entre os Poderes de Estado.*

**Palavras-chave:** *Constitucionalismo; Poder Judiciário; Ação de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF; Diálogo entre os poderes.*

## ABSTRACT

**Objective:** *The debate on the criminalization of the practice of homophobia and transphobia has recently become the center of analysis of the Judiciary, Executive and Legislative powers in Brazil. In 2019, the Federal Supreme Court considered in a direct action of unconstitutionality by omission (ADO No. 26/DF), the legislative inertia in criminalizing in all forms discriminatory and harmful behavior towards the LGBT population. It is intended in this context to analyze whether the posture adopted by the State powers, considering the excesses of activism, was based on institutional dialogue or ignored the harmonic relationship inherent to the Principle of Separation of Powers.*

**Methodology:** *The analysis is based on a bibliographical and legislative research, using a case study, the deductive method and with a structuralist procedure. The direct action of unconstitutionality by omission is analyzed (ADO nº 26/DF), in parallel with constitutionalism and the responses of the Legislative power, specifically the bills and, under deep analysis, the institutional dialogue.*

**Results:** *In the scenario of the relationship between the Judiciary, Legislative and Executive powers a tension appears in view of the harmony of powers, confronted by the lack of convergence with the decisions of the Federal Supreme Court – especially in the argument of excesses, such as judicial activism. The case analyzed served as a verification methodology to highlight the difficulty factors, always linked to public authorities, which requires a new model to face the problem.*

**Contributions:** *An attempt is made to verify the place the decision occupies, its expectation, its functionality from a jurisdictional point of view and the relationship between the powers. The dialogic theory contributes to a closer action to the Constitution and constitutionalism, especially in an approximate relationship between the powers of State.*



---

**Keywords:** *Constitutionalism; Judicial power; Action of unconstitutionality by omission nº 26/DF; Dialogue between the powers.*

## 1 INTRODUZIONE

Il rapporto tra costituzionalismo e sistema di garanzie fondamentali, come il controllo giurisdizionale della costituzionalità, passa attraverso la stabilità dello stato di diritto, manifestata principalmente dal rapporto dei tre poteri statali, basato sul principio della relazione armoniosa. Allo stesso modo, evidenzia i diritti umani e fondamentali come strumenti per l'alternanza di una realtà escludente e con disparità. Nel monitorare il movimento e la pratica del controllo giudiziario, la violazione del principio di uguaglianza è imposta come contenuto, e in ogni decisione analizzata per controllare le norme giuridiche per valutare la conformità con la Costituzione vi è un tentativo di eliminare lo svantaggio o favorire di un gruppo in relazione all'altro. Tale esecuzione richiede un'azione del legislatore o dell'esecutivo a scapito della decisione giudiziaria che risulta da una incostituzionalità nelle sue diverse possibilità.

Si riconosce che la legittimità della dichiarazione di incompatibilità è discutibile. La difficoltà sta quindi nel modo in cui la risposta istituzionale del potere legislativo e del potere esecutivo a una decisione elaborata dall'esercizio del controllo giurisdizionale della costituzionalità, dove le tensioni sono insite nel processo democratico e nel costituzionalismo. Sia secondo il pregiudizio di attivismo o di sovrapposizioni politiche che compongono il rapporto istituzionale tra i poteri, occorre attuare una logica basata sul dialogo istituzionale o su un rapporto armonioso per la concretizzazione dei diritti umani e delle garanzie fondamentali. In questo scenario, abbiamo individuato che il rapporto tra la Costituzione, il costituzionalismo e la separazione dei poteri permette di contribuire più alla qualificazione del dibattito che alla ricerca di una risposta diretta al problema dei limiti della sua azione. Cercherà di evidenziare, attraverso l'analisi proposta, lo studio del caso dell'incostituzionalità per omissione della criminalizzazione dell'omofobia e della



---

transfobia, da un taglio critico del luogo che occupa la decisione, la sua aspettativa, la sua aspettativa, la sua funzionalità dal punto di vista della giurisdizione ed il rapporto tra poteri.

## 2 CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ : RIGUARDO DEI TUTELE E LIBERTÀ FONDAMENTALI

Abbiamo come ipotesi di analisi, il scenario dei crisi dei diritti umani, soprattutto nella prospettiva particolare di Boaventura de Sousa Santos, alle sue dipendenze dei elementi di storicità, del contesto e della critica, mettiamo in evidenza i panorami ed ambienti (in particolare il Potere Giudiziario), direttamente legati all'impegno e al riconoscimento dei diritti umani e dei diritti fondamentali, al fine di qualificarsi il dibattito per la rivalutazione di possibili percorsi del quadro evidenziato. Primo piano, andremo per una delle basi che fa il fondamento e il muoversi dei posti di potere, la referenza alla Costituzione e sua supremazia, come la premessa delle tematiche del costituzionalismo e nel secondo piano, l'inclusione dell'approccio volto a garantire i diritti fondamentali e i diritti umani con l'esercizio della giurisdizione, in particolare il controllo giurisdizionale della costituzionalità, avvicinandosi i temi in uno studio di caso.

La Costituzione come strumento del processo di civiltà (MIRANDA, 2020, p. 122) svolge oggi, principalmente nella realtà brasiliana, la limitazione delle usurpazioni nel sistema che occupa il potere e la ratifica di un progetto politico, sociale e democratico che si propone di preservare i valori e/i diritti che sono stati incorporati nel patrimonio sociale, anche come prospezione di nuove o altre, apprezzate come richieste e interessi necessari non ancora pienamente realizzati nella società. Da una prospettiva funzionale, la Costituzione emana osservazioni plurali ed allo stesso tempo viene piena di tensione. A titolo di esempio, nella visione procedurale, la ricerca della materializzazione della volontà della maggioranza e, nella visione sostanziale, tutela e valori e i principi fondamentali della nostra società,



---

che comprende la tutela delle minoranze (che non corrisponde quantitativamente, quando si parla di donne, neri, per esempio) e dei vulnerabili, soprattutto, rivendicati nelle lotte popolari. Inoltre, attraverso l'accettazione della sua forza normativa, intesa con l'insieme di precetti, valori e principi che rappresentano il patrimonio politico-sociale, si riconosce che il diritto non si esaurisce nella norma, portandoci un materiale normativo-riflessivo e interpretativo con la capacità di trasformare e riaccendere vizi ed esperienze deplorablevissute sotto il manto della legalità (PIOVESAN, p. 1361, 2017).

Per quanto riguarda la disposizione delle norme costituzionali, in particolare in termini di efficacia, il superamento di una delle sue qualifiche, come norme programmatiche, nel senso di semplici obiettivi da raggiungere e non con la forza di norme giuridiche, che ha compromesso il tema della costituzionalità, abbiamo l'orientamento del suo l'articolo 5º,§1º, della Costituzione federale del 1988 (le norme che definiscono i diritti e le garanzie fondamentali hanno applicazione immediata). Ciò appare anche in contesti costituzionali esteri, come la Costituzione federale tedesca de 1949, la Costituzione di Bonn, la Costituzione portoghese del 1976. La strumentalità del contenuto – immediata applicabilità – ha evidenziato un processo di interpretazione ed applicazione delle norme costituzionali avvalendosi di una nuova ermeneutica, soprattutto funzionale, qualificante e di portata dei suoi destinatari, specificamente nell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali. C'è una distanza da un modello precedentemente legato ai termini della legge stessa, oggi vincolante per gli organi e gli agenti di potere, in qualsiasi aspetto. Cioè, le legge nelle sue varie denominazioni dovrebbe muoversi nel quadro dei diritti fondamentali<sup>1</sup>.

È chiaro che, nel campo della teoria dei diritti fondamentali, quando si tratta della via della materializzazione, la distinzione tra norme costituzionali come possibile/auto-esecuzione, la maggior parte delle quali proclama i diritti fondamentali della prima dimensione, prevale, il che porta ad un sistema di possibilità di invocare diritti dinanzi allo Stato (Pubblica Amministrazione e Potere Giudiziario) anche se non esiste alcuna disposizione legale. D'altra parte, norme senza auto-esecuzione,

---

<sup>1</sup> In tal senso: KRÜGER, 1973, p. 247-72.



---

come è il caso per la maggior parte di quelli che regolano i diritti di seconda dimensione, in gran parte i diritti sociali, che invece dipendono dal movimento legislativo nella redazione di misure adeguate alla conformità costituzionale raggiungere la sua (*raison d'être*). Le procedure che danno movimento ed efficacia ai diritti umani e fondamentali quando imperfetti, sia nella produzione legislativa che non corrispondeva ai parametri costituzionali; sia in assenza di una produzione legislativa che mette in scacco vantaggi per un gruppo sociale, in relazione all'altro, tra le altre disfunzioni, ci permette di avvalersi di un meccanismo di correzione, previsto nell'ordinamento giuridico che sposta l'attenzione e l'azione alla magistratura.

La pratica legale ci porta al controllo giurisdizionale della costituzionalità. La ricchezza analitica che capisce l'osservazione circa l'elevazione del Potere Giudiziario, nell'esercizio della giurisdizione, dinanzi alle altre strutture di potere, detenute in *modus operandi*. Il controllo giurisdizionale della costituzionalità ci pone come una potenza sociale che controlla, si oppone, si ribella o accetta l'operazionalizzazione come una dimensione visibile e sentita. La teoria incentrata sulla procedura e la sostanzialità del contenuto costituzionale favorisce un necessario allontanamento capace di stabilire una diagnosi, se non esente, più vicino alla realtà. Pertanto, data la rigidità della Costituzione del 1988, la prevedibilità della sottomissione del suo controllo è di fondamentale importanza per il sistema di difesa, protezione e tutela della Costituzione e dello Stato costituzionale democratico (CANOTILHO, p. 887, 2003) e l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

Passando attraverso l'approccio dell'attivismo giudiziario e dei suoi molteplici sensi, in particolare la questione della legittimità democratica del controllo della costituzionalità, si riconosce due modelli; di ordine europeo ed americano. Il proceduralista, che associa il controllo alla materializzazione della democrazia e il sostanziale, che attribuisce la consueta legittimità alle Corti Costituzionali per difendere i valori della società.

Così, insieme con le caratteristiche e le avversioni di ogni modello, seguiamo la comprensione della logica di complementarità tra i due (LEAL, 189-90, 2007),



---

come appello per la difesa dell'ordinamento giuridico oggettivo dei valori e dei diritti fondamentali.

D'altra parte, un'altra premessa teorica che si muove verso la difesa delle garanzie fondamentali è il rapporto tra costituzionalismo e democrazia. La democrazia come sovranità popolare, che si muove come forma di Stato per formare la società e il governo della maggioranza non coincide con il costituzionalismo, che va di là. In altre parole, il costituzionalismo comprende non solo la salvaguardia dei valori, la limitazione del potere, lo Stato di diritto, la tutela delle minoranze e la tutela dei diritti fondamentali di fronte all'abuso di potere di circostanziale (ZAGREBELSKY, 2014). Pertanto, ci troviamo di fronte ad approcci che per loro stessa natura sono dotati di conflitti e tensioni:

La democrazia, come la intendiamo noi, come sancito dalla costituzione portoghese e dalla costituzione brasiliana, non è solo una procedura, non è solo un'affermazione di maggioranze, si tratta anche del rispetto delle minoranze e dei diritti dei membri della comunità in generale. E perché solo così diventa il nucleo dello stato di diritto democratico. (MIRANDA, p. 269, 2020)

L'elenco complesso dei diritti fondamentali e dei diritti umani stabilito nella Costituzione del 1988 e nei trattati internazionali sui diritti umani è stimolato e preservato in quanto tale da una serie di garanzie fondamentali. La ricerca della supremazia costituzionale e dei contenuti lì inseriti è salvaguardata dal movimento di verifica degli atti commissariali oppure omissivi del Potere Pubblico, dalla correzione dell'esercizio del controllo costituzionale. Sottolineiamo come studio di questo saggio la mancanza di questo movimento legislativo di adottare misure, cioè incostituzionalità per omissione, facendo uso del controllo costituzionale. A questo proposito, abbiamo la protezione costituzionale nel disposto dell'articolo 103, §2 della Costituzione del 1988.

Spostare la questione ad uno scenario pratico e pertinente è l'approccio complesso delle discussioni riguardanti le tecniche di ermeneutica costituzionale, nella ricettività delle decisioni interpretative, limitative ed additive (SARLET, p. 113, 2017) una matrice europea con precedenti in Italia e Germania, che arriva in una



---

certa misura, introdotto in Brasile, in un capitolo più generale, cioè l'incostituzionalità per omissione, in situazioni di omissione normativa.

L'azione diretta di incostituzionalità per omissione costituisce uno strumento di tutela della Costituzione della Repubblica del 1988, al fine di garantirne l'efficacia, attraverso l'adempimento del dovere di legiferare o l'adozione di un ordine amministrativo (art. 12-B, I, della legge 9.868 del 10 novembre 1999) e chiaramente oggettivi.

L'incostituzionalità rilevata non risiede tanto in ciò che la norma stabilisce quanto in ciò che non procede. Oppure, in altre parole, l'incostituzionalità è nella norma in quanto non contiene tutto ciò che dovrebbe contenere per rispondere agli imperativi della Costituzione. E poi, l'organo di vigilanza aggiunge (e, aggiungendo, modifica) quanto elemento mancante. (CANOTILHO, p. 270, 2003)

In Brasile, ora abbiamo la totale assenza di norme giuridiche, come l'esercizio del diritto di sciopero, a volte parziale, cioè il legislatore agisce in modo insoddisfacente. Resta inteso che la Corte Suprema (STF) ha adottato la tecnica, mantenendo la legge in vigore, dichiara la sua incostituzionalità per omissione parziale, che non riduce il testo per non aggravare la condizione di stato in discussione. Sottolineiamo l'esempio dell'aumento del salario minimo, che non segue gli orientamenti costituzionali (art. 7º, IV) di possibilità di godimento dei diritti individuali e sociali previsti della Magna Carta; la legge del fondo di garanzia, che, in particolare, produrrebbe risultati catastrofici per la società.

Le relative omissioni precedono il dibattito perché violano il principio di uguaglianza, corollario della sopravvalutazione dei principi di dignità umana (CARA, p. 76, 2017) e della giustizia sociale. Infatti, quando il legislatore legifera, avvantaggia indebitamente una categoria, escludendone altre che dovrebbero beneficiare anch'esse, dove compare l'idea di una decisione additiva, precedentemente menzionata. Così, il risultato del l'interconnessione tra il ravvicinamento dei temi della Costituzione, la tripartizione dei poteri e il controllo della costituzionalità contribuiscono alla qualificazione del dibattito piuttosto che alla ricerca di una risposta diretta al problema dei limiti della sua performance.



---

La questione da analizzare passa attraverso la posizione adottata dei poteri dello Stato, sia essa basata sul dialogo istituzionale o su rapporto armonioso della separazione dei poteri (MENDES, p. 15, 2008). A tal fine, useremo come supporto di analisi, il caso studio criminalizzazione dell'omofobia e della transfobia (azione diretta di incostituzionalità per omissione – ADO 26/DF), come conseguenza dell'ambiente di violazione del principio di uguaglianza e dei diritti umani della popolazione LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, travestiti, transessuali e transgender) concentrandosi sulla relazione tra i poteri.

### 3 AZIONE DIRETTA DI INCOSTITUZIONALITÀ PER OMISSIONE: IL CASO DELLA CRIMINALIZZAZIONE DELL'OMOFOBIA E TRANSFOBIA

Utilizzeremo uno studio applicato del noto caso della Corte Suprema - STF, che aveva per oggetto la criminalizzazione di omofobia e transfobia sotto lo strumento di (azione diretta di incostituzionalità per omissione - ADO 26/DF, e Ingiunzione Writ (MI) 4733, che è stato giudicato il 06/13/19). L'azione che ha come richiedente il Partito Popolare Socialista – PPS, associato al numero espressivo di rappresentanze nella qualità di *amicus curiae*, caratteristica della pluralità del dibattito costituzionale e della questione della legittimità democratica delle decisioni della Corte Supreme nell'esercizio della giurisdizione costituzionale, nei processi di supervisione normativa astratta, di fronte al Congresso Nazionale e al Presidente del Senato Federale. La casistica ha come sfondo riverberare l'inerzia legislativa nella legge di modifica per criminalizzare in tutte le forme, omofobica e comportamenti ordine transfobico in faccia della disposizione costituzionale dell'art. 5º, XLII e determinazione XLI, al fine di riconoscere come crimini comportamenti discriminatori e pregiudiziali nei confronti della popolazione LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, travestiti, transessuali e transgender). Della disposizione costituzionale la fondazione si basa sulla consapevolezza che la determinazione a criminalizzare tutte le forme di razzismo, coprirebbe la condotta di discriminazione di natura omofobica e



---

transfobica, in quanto sarebbero specie di razzismo. Della disposizione costituzionale la fondazione si basa sulla consapevolezza che la determinazione di natura omofobica e transfobica, in quanto sarebbero specie di razzismo, motivo della necessità di una tipologia penale specifica:

[...] Il problema dell'omofobia supera la questione gay aderendo alla stessa logica dell'intolleranza che, in momenti diversi della storia, ha prodotto l'esclusione sia degli schiavi che degli ebrei e dei protestanti; anche i comici erano stati, in precedenza, esclusi dal diritto al matrimonio. Simile a quello che si verifica in relazione alla differenza culturale tra nazionale e straniero (tipo di eufemismo del razzismo), la differenza sessuale tra eterosessuali e omosessuali, è presentato come un indicatore obiettivo del sistema disuguale di assegnazione e di accesso ai beni culturali, vale a dire diritti, abilità, prerogative, allocazioni, denaro, cultura, prestigio ecc. E, anche se il principio di uguaglianza è formalmente proclamato, è effettivamente in nome delle differenze e nascondendo con cautela qualsiasi intento discriminatorio, che la dominante intende riservare un trattamento sfavorevole al dominato. La costruzione della differenza omosessuale è un meccanismo legale a tutto tondo che permette di escludere gay e lesbiche dalla legge comune (universale), iscrivendoli (come) in un (particolare) regime di eccezione) [...] (BARILLO, p. 38-9, 2010)

Così, al di là di una prospettiva famigerata, il concetto di razzismo non si limita alla discriminazione per colore della pelle, ma copre la discriminazione per etnia, origine nazionale, religione, orientamento sessuale, identità di genere.<sup>2</sup> In questo senso, il concetto di razza sotto il pregiudizio biologico si rivela obsoleto e la sua interpretazione dovrebbe essere conferita in base al riconoscimento della differenza basata sulla sopravvalutazione della dignità umana, della parità di trattamento e di opportunità e dello Stato di diritto democratico, che li riconoscono formalmente. Pertanto, limitare il razzismo nella discriminazione contro le razze, considerando solo il senso lessicale o comune del termine, implica la negazione stessa del principio di uguaglianza, aprendo la possibilità di discussione sulla limitazione dei diritti a una certa parte della società, che mette in discussione la natura stessa e la prevalenza dei diritti umani (BALDI, p. 77, 2014). La condotta contraria alla libertà di orientamento sessuale ha un chiaro carattere discriminatorio

---

<sup>2</sup> In questo senso vedere l'Art. 1º della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1969.



---

nel confronto brevettuale con l'insieme delle norme costituzionali. L'omofobia deriva dalla stessa intolleranza che ha causato altri tipi di discriminazione nel tempo e nello spazio, come quelle basate sul colore, l'origine nazionale, la religione, l'etnia, la classe e il genere (BARILLO, p. 67, 2010), in un movimento di inferiorizzazione di certi gruppi e individui. L'assenza di criminalizzazione ci permette di affrontare una realtà che rivela la ricorrenza di casi di reati (individuali e collettivi), omicidi, aggressioni, minacce e discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale e/o identità di genere, reali o presunti, dei vittime e costituisce una discriminazione contro i diritti e le libertà fondamentali, compiendo atti che non arrecano pregiudizio a terzi e che non sono vietati dalla legge. Secondo il Ministro Toffoli, con il processo, la Corte offre efficacia all'articolo 3º, IV, della Costituzione Federale, secondo il quale è obiettivo della Repubblica promuovere il bene di tutti senza pregiudizi di origine, razza, sesso, colore, età e qualsiasi altra forma di discriminazione (PACE, p. 35, 2007).

Alla luce di ciò, la decisione della Corte Suprema sulla questione aperta nell'ordinamento giuridico concluso a maggioranza, da otto a tre voti, avendo come relatore il Ministro Celso de Mello:

L'Assemblea plenaria, a maggioranza, ha accolto la richiesta formulata in azione diretta di incostituzionalità per omissione, con efficacia generale ed efficacia vincolante, di:

- a) riconoscere lo stato di incostituzionalità del Congresso nazionale nell'attuazione della disposizione legislativa intesa a rispettare il mandato di incriminazione di cui ai commi XLI e XLII dell'art. 5 della Costituzione, ai fini della protezione penale dei membri del gruppo LGBT;
- b) dichiarare pertanto l'esistenza di un'omissione legislativa incostituzionale;
- c) al Congresso Nazionale scientifico, per gli scopi e le finalità di cui all'art. 103, § 2º, della Costituzione c/c o art. 12-H, caput, della legge 9.868/99;
- d) dare interpretazione in conformità con la Costituzione, di fronte ai mandati costituzionali di incriminazione iscritti nei punti XLI e XLII dell'art. 5º della Carta politica, di inquadrare l'omofobia e la transfobia, qualunque sia la forma della sua manifestazione, nei vari tipi penali definiti nella legge 7.716/89, fino a che non rientri nella legislazione autonoma, redatta dal Congresso nazionale, o considerandosi, secondo questo voto, che le pratiche omofobiche qualificano come specie di razzismo di genere, nella dimensione del razzismo sociale sancito dalla Corte Suprema nella sentenza plenaria di HC 82.424/RS (Caso Ellwanger), nella misura in cui tale comportamento importa in atti di segregazione che minano i membri del grupo LGBT a causa del loro orientamento sessuale o identità di genere, perché tali comportamenti omotransfobici si adattano al concetto di atti di



---

discriminazione e di violazione dei diritti e delle libertà fondamentali di coloro che costituiscono il gruppo vulnerabile in questione; e  
e) dichiarare che gli effetti dell'interpretazione di cui al paragrafo (d) si applicano solo a decorrere dalla data di conclusione della presente sentenza. Inoltre, la Plenaria, a maggioranza, ha confermato il mandato ingiuntivo di (i) riconoscere l'incostituzionalità del Congresso Nazionale e; (ii) applicare, con effetto prospettico, fino a quando il Congresso Nazionale viene a legiferare su questa materia, Legge 7.716/89 al fine di estendere la tipizzazione prevista per i reati derivanti da discriminazione o pregiudizio di razza, colore della pelle, etnia, religione o origine nazionale alla discriminazione in base all'orientamento sessuale o all'identità di genere (BRASIL, 2019).

Il Potere Giudiziario, nell'ambiente della Corte Suprema si è manifestata con il riconoscimento dell'omissione incostituzionale del Congresso Nazionale nella non modifica della legge che protegge e criminalizza gli atti di omofobia e transfobia riverberando il principio costituzionale di uguaglianza a la concretizzazione dei diritti fondamentali e dei diritti umani inerenti agli essere umani. L'ammissione e l'indicazione dell'inadempienza del Congresso Nazionale fino all'approvazione di una legge specifica, criminalizzando il comportamento che incita alla violenza contro la comunità LGBT, veri o presunti, violatori dei diritti fondamentali e dei diritti umani, per quanto riguarda l'orientamento sessuale e l'identità di genere è perpetuata fino a una risposta istituzionale del potere legislativo. Inoltre, la decisione negava che la repressione criminale avrebbe ottenuto o limitato l'esercizio della libertà religiosa, a condizione che tali manifestazioni non costituissero espressioni di odio. D'altra parte, la comprensione del concetto era basata sul piano materiale del razzismo nella sua dimensione sociale e strutturale, andando oltre gli aspetti strettamente biologici, popolarmente conosciuti su la tematica. Di conseguenza, in un'interpretazione secondo la Costituzione, il quadro dell'omofobia e della transfobia come tipo criminale definito nella legge sul razzismo (Legge 7.716/1989) è stato stabilito nella presente decisione, fino alla pubblicazione di una legge specifica in materia.

Quindi, vale la pena notare che ci sono progetti di legge in corso nel Congresso Nazionale<sup>3</sup> non ha eliminato la configurazione di ritardo legislativo, prima

---

<sup>3</sup> Vedere la Legge 3.003 del agosto 2001, che prevede sanzioni contro le pratiche basate sull'orientamento sessuale delle persone, approvato dalla Camera dei Deputati, di cui al Senato Federale, dove ha preso il numero PLS 122/2006.



---

di un periodo di elaborazione eccessivamente lungo, a ostacolare la forza normativa della Costituzione e per sostenere *inertia deliberandi*, ai sensi della decisione.

Ora, ciò che è importante per la comprensione prima dello scenario è quello di analizzare come la risposta istituzionale del Potere Legislativo è stato dato al risultato della decisione di ADO 26/DF sollevata. Anche se si tratta di un caso recente, cioè, 2019, le manifestazioni pubbliche del Senato Federale camminano con la difesa e la dimostrazione che si tratta di un attivismo giudiziario da parte della Corte Suprema, che si sta muovendo verso la creazione di un nuovo ordine costituzionale, che ignora la lettera stessa della Costituzione Federale, sotto tali punteggi:

(...) secondo i fautori di questo costituzionalismo, può essere importante in decisioni che disciplina qualsiasi aspetto della vita sociale e politica, qualcosa di molto pericoloso, cioè, da questa intesa adottata dai ministri del Supremo, tutto ciò in cui la Corte ritiene che vi sia un'omissione legislativa può essere oggetto di una decisione giudiziaria con forza normativa - Senza mezze parole, basato su questo tipo di teoria, il Supremo non solo legifera, ma riscrive la nostra Costituzione Federale come se fosse un nuovo potere costituente originato. Non esagero, il Supremo sta modificando il testo Costituzionale, imponendo un nuovo ordine politico-istituzionale senza ovviamente avere alcun potere di Assembleia Constituinte. Non sono io a dirlo, ma i ministri del Supremo stessi, ovviamente in altre parole (...)

Questa è una riflessione che faccio oggi e certamente introdurrò nuove opportunità più osservazioni, più riflessioni. Forse questa è una delle più grandi crisi che stiamo affrontando oggi: il disprezzo per il potere tripartito, il disprezzo per la separazione dei poteri, lo stato di diritto democratico. È una malattia pericolosa e terminale che offende la democrazia stessa con la morte. Nessuna democrazia può resistere, deve rimanere sana in un sistema in cui si dispone di un sistema giudiziario che le conferisce un potere, una competenza che la Costituzione non le ha conferito. Oggi l'argomento può dividere le opinioni, ma un punto dovrebbe unirci - non la questione del merito in discussione -; le prerogative, le competenze. Non abbiamo modo di rinunciare a quello che è il ruolo del potere legislativo – il potere legislativo (BRASILE, Senato Federale, Dichiarazione nº 454941)

Nella ricerca istituzionale dei Poteri Legislativo, troviamo un Decreto Legislativo 404 del 2019, con lo scopo di limitare gli effetti legislativi della decisione ora proposta, sulla base delle suddette argomentazioni. D'altra parte, PL 672/2019, che si trova da concludere nella Commissione per la Costituzione e la Giustizia (CCJ), ha proposto la criminalizzazione dei tentativi di proibire dimostrazioni



---

pubbliche di affetto, "impedire o limitare la ragionevole espressione di affetto di qualsiasi persona in un luogo pubblico o privato aperto al pubblico", ad eccezione di templi religiosi, può essere punito da uno a tre anni di reclusione. Date le diverse e divergenti intese adottate finora dalla magistratura e dai rami legislativi, è importante sottolineare che le fondazioni presenti nella decisione della Corte Suprema e, soprattutto, dà risalto al movimento sociale della popolazione LGBT, presente da oltre quarant'anni nella società brasiliana e chiedendo il riconoscimento dell'uguaglianza nelle sue più svariate aspetti. Tutti i diritti come l'adozione, l'uso del nome sociale e il matrimonio di persone dello stesso sesso sono stati raggiunti attraverso il Potere Giudiziario (GORISCH, p. 88, 2014). E, sembra, sul tema della criminalizzazione dell'omofobia e della transfobia si osserva il rapporto di tensione che si instaura tra i poteri, camminando, per ora, dal dialogo istituzionale troncato tra di loro. Tra gli argomenti sostenuti vi è l'estrapolazione dei poteri istituzionali dell'Giudiziario - l'attivismo - nonostante l'uso del ricorso costituzionale, il controllo giurisdizionale della costituzionalità per incostituzionalità per omissione. E in questo scontro, la costituzionalità di combattere l'omofobia e la transfobia, l'art. 3º, XLI (sono obiettivi fondamentali della Repubblica Federativa del Brasile: promuovere il bene di tutti, siano essi pregiudizi di origine, razza, sesso, colore, età e qualsiasi forma di discriminazione) e dell'art. 5º, XLI e il riconoscimento della violazione dei diritti umani da solo, evidenza, al di là delle discussioni la sua imposizione.

La critica che emerge è che la mancanza di armonia tra i poteri sta guidando una serie di decisioni divergenti da parte dei Poteri giudiziario, legislativo ed esecutivo, che dovrebbe riprendere il centro che li muove, la protezione del contenuto portato dalla Costituzione, principalmente nel controllo delle garanzie fondamentali. Così, l'armonia superata dalla nozione classica di Montesquieu, per garantire un controllo reciproco tra i poteri, è attraverso la nozione di *checks and balance* "se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucional es incomparablemente más simples que los de las actuales democracias constitucionales" (FERRAJOLI, p. 340, 2008). Pertanto, la prospettiva di superare la prevalenza di un potere sull'altro è un orientamento necessario, in cui il



---

dialogo istituzionale dovrebbe essere risignificato della necessità di indicare soluzioni a problemi di violazioni dei diritti umani fondamentali e della realtà brasiliana a favore di un movimento cooperativo, dove “el lenguaje del diálogo conlleva, de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos en momentos marcados por los antagonismos políticos” (GARGARELLA, 2014). Il dialogo istituzionale presuppone, pertanto, che i poteri dello Stato coinvolti, in buona fede, cerchino la decisione e il dialogo più appropriati al riguardo, in modo che il controllo giurisdizionale stesso assuma questo carattere dialogico, essendo questo “parte de um ‘diálogo’ entre los jueces y las Legislaturas.” (HOGG; BUSHELL, 2014)

Inoltre, “la idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones – diálogos – entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta”, (TUSHNET, 2014) in risposta alla dichiarazione di incostituzionalità per omissione. L'adozione di un modello di revisione dialogico tra i poteri, riaccende lo strumento di garanzia del controllo della costituzionalità e materializza i valori politici e sociali della Costituzione. Si tratta di un percorso razionale che tiene conto dei proclami fondamentali dello Stato Democratico, in particolare del principio dell'armonia dei poteri, nella difesa dei diritti umani e fondamentali, in cui si prevede un adeguamento tra essi per il presente e per il futuro, sulle questioni in cui sono chiamati. È, tuttavia, di attendere le nuove posizioni del potere legislativo ed esecutivo per quanto riguarda ADO 26/DF.

#### 4 CONSIDÉRATIONS FINALES

È stato fatto un tentativo di stimolare la riflessione sul rapporto tra la Costituzione, il costituzionalismo, il controllo costituzionale e la separazione dei poteri, in uno studio sulla violazione dei diritti umani della popolazione LGBT, il caso di incostituzionalità per omissione, sulla criminalizzazione dell'omofobia e della



---

transfobia. Si può dire che nello scenario del rapporto tra i rami giudiziario, legislativo ed esecutivo, vi è una tensione, contro l'armonia dei poteri, di fronte alle posizioni non convergenti delle decisioni emanate dalla Corte - soprattutto nell'argomento degli eccessi, come l'attivismo giudiziario. Il caso analizzato è servito da metodologia di verifica per evidenziare gli assi di difficoltà, sempre legati alle istituzioni pubbliche, che richiedono un nuovo modo di affrontare il problema. C'è un nuovo ruolo che appare in questo scenario di trasformazione della cultura dei diritti umani rivolta all'azione e alla richiesta della società civile di non indebolire gli strumenti di garanzia e difesa dei diritti umani. Pertanto, l'adozione di una posizione che favorisce il dialogo tra i poteri dello Stato è essenziale per un'efficace tutela dei diritti fondamentali come mezzo di riflessione e, date le argomentazioni presentate, possono essere adottate decisioni che riflettono i postulati costituzionali. In questo modo, la teoria dialogica contribuisce a una migliore attuazione della Costituzione e del costituzionalismo, specialmente in un rapporto approssimativo tra i poteri dello Stato.

Infine, nuovi scenari ampliano il problema. Questa è l'attuale incidenza dell'istituzionalizzazione della società internazionale e della rigida struttura organizzativa internazionale, come le Corti Mondiali, come la Corte Internazionale di Giustizia e la Corte Penale Internazionale, sistemi regionali per la protezione e la promozione dei diritti umani e necessariamente per la tutela dei diritti umani. Con questo, dobbiamo riflettere su nuovi approcci per considerare il possibile superamento della centralità della Costituzione e dei suoi strumenti di garanzia e il cambiamento di un sistema di controllo giurisdizionale della costituzionalità.

## REFERENZE

BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.



---

BRASIL. Senado Federal. Disponível em:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/454941>.

Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 187**. Rel. Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgada em 15/06/2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgada em 13/06/2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina editora, 7ª ed., 2003.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. In: \_\_\_\_\_. **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

GORISCH, Patricia. **Reconhecimento dos Direitos Humanos LGBT – De Stonewall à ONU**. Curitiba: Appris, 2014

HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. *El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas*. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

KRÜGER, H. "Die Verfassung als Programm der nationalen Integration". In: BLUMENWITZ, D.; RANDELZHOFFER, A. (orgs.), **Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag**. München: C.H. Beck, 1973.



---

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. ***Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação***. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: *Doutorado em Ciência Política*. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

MIRANDA, Jorge. ***Teoria da Constituição***. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

PACE, A. Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi. Padova: **CEDAM**, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights Ius constitutionale commune and the Inter-American Human Rights System: Perspectives and Challenges*. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029/20617>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

SANTOS, Boaventura de S. (org.) ***Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo cultural***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos*. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: **Juspodivm**, 2017.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). ***Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática***. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***La ley y su justicia***. Madrid: Trotta, 2014.

