

# OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO À LUZ DA TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA DESTINADA ÀS MINORIAS SEXUAIS EXISTENTES NO BRASIL

*THE CONSTITUTIONAL WARRANTS FOR CRIMINALIZATION IN LIGHT OF THE ANTI-DISCRIMINATION INSTRUCTIONS FOR SEXUAL MINORITIES EXISTING IN BRAZIL*

Andréia Garcia MARTIN<sup>1</sup>

César Augusto ZACHEO<sup>2</sup>

---

ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2021.1004

---

## RESUMO

O estudo em destaque se direciona a observar os mandamentos constitucionais de criminalização previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como sua devida efetivação na atual conjuntura sociojurídica brasileira. Para tanto, preliminarmente, tal análise disporá sobre como os mandados constitucionais encontram-se regulamentados no ordenamento jurídico pátrio, além da vinculação de suas previsões à atividade legiferante. Posto isso, posteriormente, será visualizado se tais mandamentos têm sido concretizados ou não, saindo desde a necessidade da efetivação de tais institutos

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Mestre em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino em Bauru (ITE). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto/SP (2002). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo - sob o n. 216.485. Tem experiência na área do Direito, dentre suas subáreas possui conhecimentos e desenvolvimentos em: Direitos Humanos, Direito Constitucional e Inclusão Social de Minorias e Grupos Vulneráveis, em especial as pessoas com Deficiência. Líder do Grupo de Pesquisa, certificado pelo CNPQ: IRIS (Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis). Tem experiência acadêmica-profissional em gestão de educação superior, tutoria em educação a distância e docência do ensino superior. Atualmente é Professora Efetiva da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Ituiutaba/MG do Curso de Direito.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Unidade Frutal.

até a omissão legislativa arbitrada recentemente em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, o estudo em evidência se utilizará do método de raciocínio dedutivo, amparado pela abordagem bibliográfica e o aparato qualitativo, uma vez que juntos traçarão análises sobre os mandados constitucionais de criminalização; o direito antidiscriminatório e a devida atividade legiferante, partindo de premissas gerais que evidenciarão os mandados constitucionais em evidência para chegar às premissas específicas que vislumbrarão se tais normas tem atingido efetividade ou não. Por fim, ante tais situações, o estudo delimitará sua análise verificando como os institutos supracitados se correlacionam com a comunidade LGBTI+, possibilitando uma aplicação prática das referidas exposições que se desenvolverão no presente ensaio.

**Palavras-chave:** Mandados constitucionais de criminalização. Direito antidiscriminatório. Comunidade LGBTI+. Omissão legislativa.

### **ABSTRACT**

*The featured study is aimed at observing the constitutional commandments of criminalization provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, as well as its proper implementation in the current Brazilian socio-legal environment. Therefore, preliminary, such analysis will have on how constitutional warrants are regulated in the criminal legal system, in addition to linking their forecasts to the legiferante activity. That said, later, it will be visualized whether such commandments have been realized or not, leaving from the need for the implementation of such institutes to the legislative omission recently arbitrated in the seat of constitutionality control by the Supreme Federal Court. In this context, the evidence d'a study will be used by the method of deductive reasoning, supported by the bibliographic approach and qualitative apparatus, since together they will trace analyses on constitutional criminalization warrants; anti-discriminatory law and proper legiferary activity, starting from general premises that will highlight the constitutional warrants in evidence to reach the specific premises that will envision whether such norms have achieved effectiveness or not. Finally, in the face of such situations, the study will delimit its analysis by verifying how the above-mentioned institutes correlate with the LGBTI+ community, enabling a practical application of these exhibitions that will develop in the present trial.*

**Keywords:** Constitutional warrants for criminalization. Anti-discriminatory law. LGBTI+ community. Legislative omission.

## **1 INTRODUÇÃO**

Na busca de demonstrar os mandados constitucionais de criminalização, além da sua extrema relevância para a proteção das minorias e grupos vulneráveis existentes no país, especificamente a comunidade LGBTI+, o presente estudo se dá na medida em que visa aferir se os órgãos competentes estão atuando ou não ante aos expressos mandamentos constitucionais de criminalização.

Desse modo, tal análise se inaugura observando como os mandados criminalizatórios encontram-se previstos no ordenamento jurídico, evidenciando as previsões Constitucionais que geram uma obrigação de concretização ao legislador ordinário brasileiro que deverá regulamentar as normas expressas estipuladas pela Carta Cidadã.

Assim, o mandado constitucional de criminalização analisado será o previsto no artigo 5º, inciso XLI da Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988, uma vez que o referido dispositivo legal afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Por esse motivo, tal ensaio recai sobre a observância da tutela antidiscriminatória criminalizadora que tende a proteger as minorias e os grupos vulneráveis existentes no Brasil, principalmente a comunidade LGBTI+, observando se tais mandamentos encontram-se efetivos ou omissos por que tem competência Constitucional para a sua devida celebração.

Posto isso, tal análise se conclui perguntando se apenas criminalizar seria a solução contra as diversas formas de discriminação destinadas à comunidade LGBTI+, traçando críticas ao sistema penal que sozinho não será capaz de erradicar as diversas formas de discriminação.

## **2 OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA SÓCIOJURÍDICA**

Na busca de demonstrar a relevância dos mandados constitucionais de criminalização, bem como sua aplicação prática na atual conjuntura sóciojurídica brasileira, o presente estudo se inaugura observando como o diploma Constitucional disciplina os referidos mandados criminalizatórios, especificamente os que atuam contra as diversas modalidades de discriminação.

Por esse prisma, insta salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a pioneira em traçar mandamentos constitucionais de criminalização, estipulando obrigações legislativas que deveriam ser concretizadas após a promulgação do Texto Constitucional. Assim, dentre outras estipulações, tal diploma trouxe em seu artigo 5º, inciso XLI que: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”. (BRASIL, 1988)

Neste contexto, evidencia-se uma programação do poder constituinte para que o legislador ordinário estipule, após a promulgação constitucional, disposições legais que criminalizem as discriminações que afrontem os direitos e as liberdades fundamentais. Ou seja, o poder constituinte nada mais que referenciou determinadas questões que careceriam de posterior criminalização, conforme se evidencia a seguir:

Diante disso, o constituinte originário ciente da importância que algumas matérias possuíam, e frente ao risco do novo poder legislativo não tratá-las com o devido cuidado, optou por fazer referências diretas às elas, como forma de informar que aquelas matérias deveriam ser cuidadas. No caso dos mandados de criminalização, disse mais, deixou claro que aquilo mencionado em seu texto possuía dignidade penal e por isso deveriam receber a tutela do Estado. (CORRÊA, 2013, *online*)

Por esse sentido, resta evidente que os mandados constitucionais disciplinam previsões ulteriores ao Texto Constitucional que deverão ser objeto da atuação do legislador Federal, haja vista a vinculação estipulada em lei para que tal ente crie e discipline determinadas questões, sejam essas penalizadoras ou não.

Ademais, atente-se que ao lidar sobre mandamentos constitucionais de criminalização o legislador constituinte vinculou a atuação legislativa que deverá punir e estipular determinadas disciplinas criminalizatórias referentes às afrontas de direitos e garantias fundamentais, não abrindo margem para que a atuação legiferante se utilize da oportunidade ou conveniência, que também lhe convém, para se omitir ou se esquivar da concretização das previsões Constitucionais.

Neste segmento, Cleber Masson afirma que: “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral” (MASSON, 2010, *online*).

Por essa compreensão, evidencia-se que o legislador ordinário não poderia se olvidar da concretização dos mandamentos constitucionais de criminalização tanto pelo ponto de vista jurídico, ao vislumbrar que a constituição Republicana estipula determinados mandamentos que carecem de efetivação; como também pelo parâmetro social, uma vez que a sociedade se encontra inerente a tais ações que não possuem nenhuma regulamentação de caráter criminalizador.

Nesta conjuntura, torna possível observar que a não concretização dos mandamentos constitucionais de criminalização se encontra diretamente interligado à ofensa direta de determinados objetivos fundamentais da República, confrontando tanto os preceitos constitucionais, como a busca pelo bem estar-social de todos, ao não criminalizar situações que afetam diariamente a própria população, conforme se verifica a seguir:

O objetivo das ordens constitucionais de criminalização é o de oferecer uma proteção suficiente a certos direitos e valores, fundamentais para um Estado Democrático e Social de Direito, diante dos ataques alheios. Para o que, o constituinte entendeu como adequado e necessário o Direito Penal, ora eleito como o meio ideal ao adimplemento dos deveres legais de proteção. Assim, o destinatário do mandato constitucional de penalização é o legislador ordinário, a quem é transmitido um dever de legislar em favor da tutela de um bem jurídico-penal. Sobre o conteúdo, o mandato não define a conduta típica e nem as circunstâncias da sanção, mas estabelece uma obrigação positiva de criminalizar certa conduta, ou negativa para vedar a retirada de determinada tutela penal já existente. (FLACH, p. 17-44, 2016)

Posto isso, extrai-se que tais mandados constitucionais de criminalização se dão na iminência de proteger determinados valores e preceitos fundamentais que solidificam o Estado Social e Democrático de Direito, buscando impedir que ataques sejam realizados em face de preceitos fundamentais.

Ademais, percebe-se que o poder constituinte disciplinou tais matérias e escolheu o direito penal como instrumento adequado para erradicar as diversas formas de discriminação, conforme evidenciado no presente estudo, evitando que tais atos afrontem diretamente determinados preceitos fundamentais que são indispensáveis para o bem-estar social como a própria liberdade e dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, os mandamentos constitucionais de criminalização necessitam diretamente da atuação do legislador ordinário, deixando a ele a obrigação de estipular tais medidas presentes no texto legal e estabelecer os parâmetros para aplicação das condutas típicas dos delitos e das circunstâncias que delimitam tais ações.

Entretanto, o legislador ordinário brasileiro tem se atentado a essas previsões constitucionais? Ante tal interrogação, o presente exposto se disporá a evidenciar os mandados constitucionais de criminalização correlacionando-os com o direito antidiscriminatório, observando se as previsões legais estão sendo atingidas especialmente no tocante à criminalização das diversas formas de discriminação.

## **2 A OMISSÃO DOS ENTES ESTATAIS NO TOCANTE À CRIMINALIZAÇÃO DAS DIVERSAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO**

Observada a relevância dos mandados constitucionais de criminalização, bem como a necessidade de sua respectiva efetivação, pretende-se discorrer, a partir deste momento, como são garantidas as vedações contra as diversas formas de discriminação no país, verificando, nessas razões, a competência privativa dos entes estatais para tal implementação e a sua respectiva omissão.

Neste liame, cabe ressaltar que o direito da não discriminação detém por viés de aplicação a criação de políticas públicas de ações afirmativas, que devem ser criadas na busca de erradicar as desigualdades existentes nas diversas searas sociais.

Por esse motivo, percebe-se que o direito antidiscriminatório, encartado constitucionalmente, se remete a uma norma programática que carece de efetivação principalmente pelas disposições elencadas no artigo 3º, inciso IV da Carta Cidadã, uma vez que visa promover o bem-estar de todos sem quaisquer formas de discriminação, além do seu artigo 5º inciso XLI, na medida em que afirma que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 1988)

Isto posto, torna evidente que o poder constituinte trouxe à baila a necessidade de regulamentação da tutela antidiscriminatória no país, mas deixou tal mandamento constitucional para que o legislador federal realizasse tais disposições, regulamentando a referida previsão através de lei específica a ser realizada após a promulgação da Constituição, conforme dispõe os mandados constitucionais de criminalização.

Analisada essa questão, percebe-se que algumas minorias sociais passaram a ser protegidas com o direito antidiscriminatório ao menos sob o ponto de vista formal, tais como: as pessoas com deficiência; as mulheres; as crianças e adolescentes e as minorias étnico-raciais.

Entretanto, o presente estudo observou que as minorias sexuais, especificamente a comunidade LGBTI+, ainda carece de efetiva previsão antidiscriminatória para que possam alcançar o seu devido reconhecimento, bem como a sua respectiva inclusão social, livre, nestas condições, das diversas modalidades discriminatórias vigentes na atual conjuntura político-social brasileira.

Ademais, cumpre frisar ainda que a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero se dá por diversas formas, confrontando

direitos e garantias basilares que são fundamentais para o desenvolvimento do grupo em questão. Por isso, conforme afirmam os autores Flávia Piovesan e Roger Raupp Rios, a temática antidiscriminatória da comunidade LGBTI+ se torna um caso paradigmático a ser estudado, haja vista sua complexibilidade, bem como a afronta de diversos direitos e garantias fundamentais que são veementemente retirados de tal comunidade, veja:

A discriminação por orientação sexual é um caso paradigmático de teste para a eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se de hipótese de preconceito difuso por todas as categorias. Exige-se levar a sério princípios absolutamente fundamentais de liberdade e de igualdade que formam todos os regimes democráticos e que são desafiados por eles. Regimes democráticos fortes, como os da América do Norte e Europa, muitas vezes não sabem responder diante desses dilemas. É necessário falar sobre discriminação por orientação sexual, porque os direitos humanos são mais necessários onde são mais combatidos e mais desafiados. (PIOVESAN; RIOS, 2003, p. 165)

Ou seja, evidencia-se que essas múltiplas discriminações, ao serem direcionadas às minorias sexuais, colidem diretamente com o Estado Social e Democrático de Direito, impedindo a devida garantia de direitos fundamentais, além da própria solidificação do status democrático, inviabilizando a promoção do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana encartados constitucionalmente.

Nestas condições, viabilizar a tutela antidiscriminatória destinada à comunidade LGBTI+ contribuirá tanto para o grupo em análise, como também fomentará a própria manutenção democrática, possibilitando, ao menos sob o aparato formal, a efetividade de preceitos fundamentais que se encontram tolhidos na atual conjuntura político-social brasileira, dentre eles os mandados constitucionais de criminalização.

Ao dispor sobre estas situações, eis que surge mais uma vez o seguinte questionamento: poderiam os legisladores federais, capazes de promoverem os mandados constitucionais de criminalização e o direito antidiscriminatório, se omitirem ante essa questão?

Por essa interrogação, a presente análise direcionou-se a vislumbrar como a legislação antidiscriminatória tem se relacionado com a promoção da tutela das minorias sexuais, visualizando se os

mandamentos constitucionais de criminalização estão sendo garantidos ou omitidos do grupo em destaque.

Sobre esta perspectiva, o estudo visualizou que a discussão sobre a proteção antidiscriminatória da comunidade LGBTI+ percorre o Congresso Nacional desde o ano de 2001 com o Projeto de Lei nº 5003/2001 apresentado na Câmara dos Deputados, ou seja, percebe-se a intenção da referida casa legislativa em buscar a concretização do direito antidiscriminatório destinado à comunidade LGBTI+ no Brasil.

Porém, após passar ao Senado Federal no ano de 2006 como Projeto de Lei da Câmara nº 122, o mesmo fora arquivado no ano de 2014, demonstrando, sob estas condições, que além da morosidade para se concluir o processo legislativo, tal matéria se depara com o completo desinteresse da respectiva casa congressual em efetivar a disposta previsão constitucional.

Todavia, atualmente, dois projetos de lei ainda continuam tramitando no Congresso Nacional, sendo estes o Projeto de Lei nº 7.582/2014 da Câmara dos Deputados e o Projeto de Lei nº 672/2019 do Senado Federal, documentos esses que ainda, mesmo após 31 anos da promulgação constitucional, trazem esperança para o tratamento antidiscriminatório criminalizador destinado às minorias sexuais e de gênero existentes no Brasil.

No entanto, a omissão legislativa do Congresso Nacional passou a ser analisada em ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo Supremo Tribunal Federal, levando em consideração tanto a demora da competente atuação no processo legislativo, bem como a emergente necessidade de criminalização dos atos discriminatórios motivados pela identidade de gênero ou orientação sexual, já que se conjecturam como instrumento que visa promover a efetiva tutela do grupo em evidência.

Nesta senda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 observou que o Poder Legislativo se encontra omissos quanto à efetivação da tutela antidiscriminatória existente no país, uma vez que tal garantia se depara encartada constitucionalmente no artigo 5º, inciso XLI (mandado constitucional de criminalização) e XLII, conforme observado pela ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.  
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA  
TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO  
DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE

HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5o, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5o, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Relator Ministro Celso de Mello, DJE nº 142, 28/06/2019)

Com efeito, torna evidente que o Congresso tem se esquivado da sua responsabilidade constitucional, utilizando-se da oportunidade ou conveniência que também lhe é atribuída para se furtar em concretizar a tutela antidiscriminatória e os mandados constitucionais de criminalização destinados à comunidade LGBTI+ no país.

Entretanto, conforme elenca a autora Irene Patrícia Nohara, o legislativo não pode se esquivar da concretização das previsões constitucionais baseando-se em preceitos e dogmáticas pessoais, uma vez

que o constituinte vinculou tal atuação às previsões constitucionais, devendo, portanto, agir conforme os mandamentos disciplinados pela carta cidadã, afastando-se de orientações e dogmas eivados de pura personalidade que adentram na prática do legislador federal. (NOHARA, 2019)

Assim sendo, conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões em sede de controle de constitucionalidade, o presente estudo compreende que a omissão dos entes estatais, especificamente quanto à função legislativa, conforma-se numa afronta direta à efetividade dos mandamentos constitucionais de criminalização existentes no Brasil, contrariando tanto a prática legiferante presente na Constituição Republicana; a democracia representativa; bem como deslegitimando os movimentos minoritários existentes no país, principalmente o da comunidade LGBTI+.

Diante disso, percebe-se que a decisão em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal evidenciou a omissão legislativa em se efetivar o direito antidiscriminatório e os próprios mandados constitucionais de criminalização, porém, o presente estudo indaga: a criminalização arguida pelo Supremo Tribunal Federal seria uma forma de erradicar diretamente as diversas formas discriminatórias destinadas à comunidade LGBTI+ no Brasil?

### **3 CRIMINALIZAR SERIA A SOLUÇÃO?**

Ante todas as exposições, percebe-se que o direito antidiscriminatório, mesmo possuindo previsão legal, não apresenta viabilidade direta para o reconhecimento das minorias sexuais, especificamente a comunidade LGBTI+. Eis que, a despeito das previsões constitucionais, tal comunidade é olvidada de programas sociais que visam produzir o bem-estar de todos sem quaisquer formas de discriminação.

Por este panorama, ao analisar a omissão legislativa na temática em destaque, percebe-se que o guardião da constituição se manifestou no sentido da necessidade de criminalização dos atos discriminatórios, especialmente aqueles motivados por identidade de gênero ou orientação sexual referentes à comunidade LGBTI+, equiparando tais práticas análogas ao crime de racismo na medida em que não há previsão legislativa condizente para tais modalidades de discriminação.

Porém, sem adentrar no mérito do julgamento, além da respectiva atividade jurisdicional no caso em questão, torna cediço destacar que a criminalização de determinados atos deve ocorrer apenas em *ultima ratio*; devendo ser celebradas medidas alternativas, anteriores, para que se possa buscar diretamente o seio da discriminação, ou seja, a própria integração social.

Por outro lado, não criminalizar essas condutas seria viabilizar, mais uma vez, os índices alarmantes de discriminação que se desenvolvem diariamente no país, haja vista que segundo o relato do Grupo Gay da Bahia de 2018, a cada 20 horas morre violentamente um LGBTI+ no país (GGB, 2018, *online*), conforme destaca o gráfico elencado a seguir com o aumento alarmante das mortes de pessoas LGBTI+ no país, veja Fonte:<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com>



Neste caso, percebe-se que tal decisão condiz diretamente com a premente necessidade de criminalização desses atos, que diante de sua intensificação desmedida, torna-se imprescindível a utilização de instrumentos penais para que o grupo observado possa ter um mínimo de proteção estatal.

Porém, percebe-se também que o direito antidiscriminatório não é permeado apenas pela criminalização; eis que, torna-se proeminente a tomada de medidas alternativas para que surta efeitos plena e diretamente no meio social, fomentando o reconhecimento das minorias sexuais e viabilizando a sua devida tutela, independentemente de criminalização.

Desta forma, o presente estudo deixa evidente como o direito antidiscriminatório poderá viabilizar a devida promoção de políticas públicas de ações afirmativas destinadas à comunidade LGBTI+ no país, possibilitando que esse grupo seja tutelado através de uma adequada atividade estatal que seja capaz de promover o devido combate à discriminação, independente de sua respectiva criminalização.

Com efeito, a autora Flávia Piovesan afirma que a discriminação poderá ser combatida através de duas estratégias advindas do direito internacional dos direitos humanos, sendo a primeira a repressiva-punitiva, que condiz diretamente com a criminalização da homotransfobia arguida pelo Supremo Tribunal Federal e os mandados constitucionais de criminalização; além da estratégia promocional, característica essa que será discutida pela presente exposição, conforme se verifica a seguir:

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade). Na vertente repressiva-punitiva, há a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. É fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. (PIOVESAN, 2008, p. 890)

Nessas razões, a criminalização da homotransfobia foi apenas o primeiro passo para a viabilidade formal do direito antidiscriminatório no país, carecendo de políticas alternativas que tendem a tutelar devidamente o grupo em questão, atingindo a própria sociedade e seus dogmas sociais para erradicar as diversas formas de preconceitos e os índices alarmantes de discriminação.

Nesta senda, cumpre frisar que a agenda promocional da comunidade LGBTI+ possui um rol extensivo de direitos fundamentais que precisam ser observados nos diversos contextos sociais, destacando-se a necessidade da vedação contra quaisquer formas de discriminação, objetivo que permeia, em especial, a seara político-social brasileira.

Por essa questão, o presente estudo compreende que parcela dessas discriminações advém diretamente dos órgãos estatais, que se omitem ante a promoção dos direitos fundamentais do grupo em questão.

Em outras palavras, observa-se que primeiramente o direito antidiscriminatório deveria permear a seara pública como uma forma de solidificação dos preceitos democráticos capazes de promover o reconhecimento dos grupos minoritários, bem como a devida promoção de políticas públicas de ações afirmativas, haja vista que é devidamente contrária à Constituição a utilização das justificativas de oportunidade e conveniência do órgão legiferante para se esquivar das demandas LGBTI+, principalmente no tocante à discriminação.

Desse modo, uma ação necessária seria a obrigatoriedade de determinada quantidade de pessoas LGBTI+ nos partidos políticos, independentemente de suas concepções ideológicas, viabilizando que a comunidade alcançasse sua devida representação no Congresso Nacional brasileiro para se atentar às agendas e necessidades LGBTI+.

Ademais, Conselhos de participação da comunidade LGBTI+ deveriam ser instituídos para que a voz social fosse devidamente ouvida pelo legislador federal, promovendo a participação social como uma forma de compreensão do grupo em análise, além das suas devidas demandas que carecem urgentemente de proteção, dentre elas, a vedação, não apenas criminal, contra as diversas formas de discriminação, realizando um plano de estratégia nacional para tal promoção.

Atingidos tais objetivos na seara pública, políticas públicas de ações afirmativas deixariam de se deparar com a omissão legislativa e passariam a encontrar sua devida concretização, utilizando-se de estratégias promocionais que garantiriam, ao menos sob o ponto de vista formal, a respectiva proteção da comunidade em destaque.

Entretanto, deparar apenas com proteções legais não seria a devida forma de viabilização da concretização das ações afirmativas no país, haja vista que a sociedade careceria de uma devida conscientização para que se aplicassem devidamente as normas estabelecidas pelo legislador ordinário.

Por esse modo, o estudo compreende que a aplicação subsidiária do direito antidiscriminatório deveria se dar diretamente na sociedade brasileira, viabilizando o conhecimento no tocante sexual desde as fases iniciais da educação, como também por parte da sociedade que se encontra limitada do seu devido acesso à informação.

Assim, percebe-se que deveriam ser estipuladas comissões capazes de formular documentários e vídeos de impacto capazes de disseminar como se fundamenta a diversidade sexual e como a mesma deve ser devidamente observada pela sociedade, demonstrando que só através do respeito à diferença será atingida uma sociedade livre, justa e solidária que tende a erradicar as diversas formas de discriminação, independente do grau de sua respectiva proliferação.

Por tais exposições, o ente público e até mesmo o movimento das minorias sexuais poderia se aproveitar da teoria sociológica do Interacionismo Simbólico para disseminar a informação através dos aparelhos midiáticos, adentrando no meio social e na própria integração dos indivíduos presentes em tal âmbito para disseminar a não discriminação e a importância da observância da diversidade e do status democrático que ainda perdura, ao menos sob o ponto de vista formal, no Estado Social e Democrático de Direito brasileiro.

Contudo, tais formas de resolução da problemática do presente estudo são demasiadamente amplas e se veem longe de efetivação, principalmente pela atual conjuntura político-social brasileira que tem fomentado a perpetuação da discriminação velada que perduram desde a colonização até os dias atuais.

No entanto, tais contribuições se dão no plano teórico capazes de promover a devida efetivação da tutela antidiscriminatória no país, auxiliando para que novas discussões possam vir a surgir, além de que novas propostas sejam estipuladas através de tais exposições, contribuindo, mesmo que minoritariamente, para a devida promoção da erradicação das diversas formas de discriminação que a cada dia se encontra mais distante de efetivação. Assim sendo, parafraseando a autora Ângela Davis, o estudo em destaque passa a finalizar suas disposições afirmando que: “numa sociedade discriminatória, não basta não ser discriminatório. É preciso ser antidiscriminatório” (DAVIS, 1979).

#### **4 CONCLUSÃO**

Ante todas as exposições, tornou possível observar que os mandados constitucionais de criminalização nada mais são do que estipulações da assembleia constituinte que ordenam o legislador ordinário a regulamentar determinadas previsões constitucionais, criminalizando algumas condutas ilícitas que foram suscitadas pela própria Carta Cidadã.

Para tanto, tornou possível vislumbrar ainda que tais mandamentos vinculam diretamente a atuação legislativa, não podendo tal âmbito utilizar da sua oportunidade e conveniência para se omitir ante a devida criminalização de determinadas previsões Constitucionais.

Entretanto, o presente estudo também observou que o Congresso Nacional se encontra omissos ante a devida criminalização dos atos discriminatórios motivados por identidade de gênero ou orientação sexual, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, julgou devidamente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26, observando que a seara legislativa queda-se omissa ante a criminalização do mandado expresso de criminalização presente no artigo 5º, XLI do bojo Constitucional.

Nesta linha, tal julgamento decidiu que as discriminações destinadas à comunidade LGBTI+ deveriam ser criminalizadas, porém, essa seria a única forma para erradicar as diversas formas de discriminação?

Posto isso, tal análise verificou que tais mandamentos se perfazem de duas maneiras, podendo ser de forma punitiva-repressiva (já realizada pela ADO) ou também por estratégias promocionais, situações essas que foram cerne de discussão paralelamente à análise crítica da presente exposição.

Por fim, tornou possível observar que a concretização dos mandados constitucionais de criminalização, especificamente os que versam sobre as diversas formas de discriminação, não se encontram devidamente efetivos na atual conjuntura sóciojurídica brasileira, carecendo de medidas alternativas, como as elencadas, para que logrem a sua respectiva efetivação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal** (1988). São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26**. Constitucional. Art. 5º, XLI e XLII, da Constituição da República. Criminalização da homofobia e da transfobia. Não conhecimento do pedido de indenização por danos a vítimas de homofobia. Mandado de criminalização da homofobia. Configuração de racismo. Lei 7.716/1989. Conceito de raça. Interpretação conforme a constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar. Relator Ministro Celso de Mello, 28 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CORRÊA, Fabrício da Mata. **A Constituição e seus Mandados de Criminalização**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941679/aconstituicao-e-seus-mandados-de-criminalizacao>. Acesso em: 2 dez. 2019.

DAVIS, Angela; NORAGER, Ebba. **Angela Davis**. Statens Bibliotek og Trykkeri for Blinde, 1979.

FLACH, Michael Schneider. Mandados de Criminalização, Tutela Penal e Constituição. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 7, p. 17-44, 2016.

GGB, Grupo Gay da Bahia. **Assassinato de LGBT no Brasil: Relatório 2018**. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com>. Acesso em: 2 nov. 2019.

MASSON, Cleber. Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/522>. Acesso em: 2 dez. 2019.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Estudos feministas**, p. 887-896, 2008.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. **Seminário Internacional as minorias e o Direito**. v. 7, Brasília, 2003.