

DISCRIMINAÇÃO INDIRETA NA ESFERA PUNITIVA PENAL

INDIRECT DISCRIMINATION IN THE CRIMINAL PUNITIVE SPHERE ABSTRACT

Kamila Maria de Souza Oliveira¹
Antônio Lucena²

RESUMO: A discriminação indireta na esfera punitiva penal é um tema relevante e complexo. Refere-se a situações em que medidas punitivas aparentemente neutras têm um impacto desproporcionalmente negativo sobre certos grupos ou indivíduos, mesmo que não haja uma intenção discriminatória explícita. O objetivo desse estudo é analisar a incidência da discriminação indireta no sistema penal brasileiro, aferindo o seu impacto na seletividade punitiva presente nesse âmbito penal brasileiro, aferindo o seu impacto na seletividade punitiva presente nesse âmbito. Dessa maneira, para a realização deste estudo foram realizadas pesquisas bibliográficas por meio de artigos e periódicos sobre conceitos e teorias relacionadas a jurisprudencial acerca do tema proposto por meio de pesquisa qualitativa. Espera-se que este estudo contribua para a conscientização sobre a incidência da discriminação indireta no sistema penal brasileiro e para o desenvolvimento de estratégias eficazes de combate a essa forma de discriminação.

Palavras-Chave: Discriminação indireta. Penal. Esfera punitiva.

4098

ABSTRACT: Indirect discrimination in the criminal punitive sphere is a relevant and complex issue. It refers to situations where seemingly neutral punitive measures have a disproportionately negative impact on certain groups or individuals, even if there is no explicit discriminatory intent. The objective of this study is to analyze the incidence of indirect discrimination in the Brazilian penal system, assessing its impact on the punitive selectivity present in this Brazilian penal context, assessing its impact on the punitive selectivity present in this scope. Thus, for the accomplishment of this study were carried out bibliographical researches through articles and journals on concepts and theories related to jurisprudential about the proposed theme through qualitative research. It is hoped that this study will contribute to raising awareness about the incidence of indirect discrimination in the Brazilian penal system and to the development of effective strategies to combat this form of discrimination.

Keywords: Indirect discrimination. Penal. Punitive sphere.

1 INTRODUÇÃO

A repercussão social do tema, posta a crise penitenciária no Brasil e a disparidade social de classe e, em especial, de raça no cárcere. Nesse cenário, torna-se imprescindível o

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

² Orientador. Centro Universitário Fametro.

estudo aprofundado no que concerne a identificação de eventuais efeitos de discriminação indireta oriundas de normas do âmbito penal. A seletividade penal tem sido reconhecida por diversos atores do direito, a partir de um contexto punitivo que ganha a cada dia mais espaço no Brasil, em parte decorrência de constantes instabilidades sociais e políticas.

Para reversão do presente quadro, não parece ser suficiente um recorte formal das normas, mas as suas implicações materiais, de forma a obter um fiel retrato do impacto das políticas penais em vigor para eventuais discriminações indiretas às pessoas pertencentes a determinados grupos sociais. Nesse diapasão, demonstra-se relevante a descrição da influência do sistema penal pátrio na perpetuação de discriminações diversas, tal como o racismo estrutural, apresentando, dessa forma, possíveis políticas públicas e ações sociais que o Estado tem o dever de desenvolver para fins de superação dos entraves e discriminações detectadas.

A normatividade de teor abstrata oriunda do ordenamento jurídico potencialmente propicia o que se denomina como “discriminação indireta”, havendo como efeito o aprofundamento da desigualdade. Nesse sentido, o exame no âmbito penal se torna tarefa necessária à normatividade de teor abstrato oriunda do ordenamento jurídico?

4099

Tem-se como problematização os eventuais pressupostos necessários para fins de que o ordenamento jurídico penal brasileiro não seja terreno fértil para o aprofundamento da desigualdade social.

Pretende-se, ainda, refletir se seria dever de um Estado Democrático de Direito reformar as políticas penais vigentes, vindo ao encontro de compromissos de tratados internacionais de direitos humanos pelos quais o Brasil é signatário. Por isso, levantar e debater os principais elementos estruturantes de eventuais discriminações indiretas devido às normas penais, bem como descobrir como a política penal vigente se insere na ordem constitucional em vigor, é tarefa essencial nesta pesquisa.

O estudo tem como tema a Discriminação indireta, cuja delimitação será a “Discriminação indireta na esfera punitiva penal”, a partir de seleção bibliográfica prévia realizada em consonância com os ditames curriculares. O escopo preliminar da pesquisa será direcionado para a delimitação do escopo do objeto ora proposto, servindo como base para uma apurada análise do sistema penal brasileiro, em especial a política criminal punitivista.

O objetivo desse estudo é analisar a incidência da discriminação indireta no sistema penal brasileiro, aferindo o seu impacto na seletividade punitiva presente nesse âmbito penal

brasileiro, aferindo o seu impacto na seletividade punitiva presentenesse âmbito. Além de analisar as políticas públicas e suas implicações no sistema carcerário; verificar os elementos que caracterizem a discriminação indireta no âmbito penal e explicar possíveis soluções para a superação das discriminações indiretas percebidas por meio desta pesquisa.

2 DISCRIMINAÇÃO INDIRETA NA ESFERA PENAL

O Direito penal é o direito do dever ser, por apenas ditar como devem funcionar as coisas e não nos dizer como realmente são, ou seja, como se deve agir para que a sociedade possa viver em harmonia.

Na inteligência do Doutrinador Rodrigo Sanches o Direito Penal:

É o conjunto de normas com a missão de elevar certos comportamentos humanos à categoria de infrações penais, cominando sanções àqueles que os praticam, sendo natural a existência de uma ciência apta a organizar métodos de interpretação e correta aplicação dessas mesmas normas jurídicas (SANCHES, 2018,34).

Nilo Batista, por sua vez compreende que:

O direito penal é o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas (BATISTA, 2007.p,24).

4100

É cediço que a Constituição é a raia fundante do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, importando saber que as normas sejam, necessariamente, vinculadas e subordinadas aos mandamentos constitucionais.

Nesse liame, compreende-se que a Constituição além de ser fonte, é o próprio marco do Direito Penal, tendo em vista que a legitimidade e o conteúdo das normas penais se originam diretamente dos princípios e das normas constitucionais, amparando os direitos humanos fundamentais e os valores sociais mais legítimos e necessários. Com isso, o Estado Democrático de Direito é essencialmente um Estado Constitucional de Direito.

Importa dizer que o Direito Constitucional é a base, influenciando, assim, os demais ramos do direito e, particularmente, sobre o Direito Penal, haja vista que os próprios bens jurídico-penais encontram raízes materiais na Carta Magna e cabe ao Direito Penal a tarefa de tutelar os direitos fundamentais nela esculpidos. Nesse pensar:

O Direito Penal não é senão um subsistema de normas que devem, por imperativo de supremacia, obediência às normas constitucionais, as quais através de princípios e regras, vão condicionar, como será verificado, o próprio legislador e o juiz a se portarem consoante as diretrizes por elas estabelecidas. (LIMA, 2012, p.48).

Miguel Reale Júnior:

Defluem, portanto, do texto constitucional princípios fundamentais do Direito Penal, sendo o primeiro e básico o da dignidade da pessoa humana, do que decorre à proibição de penas cruéis ou o desrespeito à integridade física e moral do preso e do condenado, as penas de caráter perpétuo, a pena de morte. (JUNIOR, 2008, p. 333).

Diante do que foi citado anteriormente, a Constituição em seu ordenado jurídico demonstra que a garantia da dignidade humana como princípio básico para ajudar a prevenir o condenado em cárcere privado.

2.1 Da função do direito penal

O Direito Penal tem como finalidade regulamentar o poder punitivo do Estado por meio da interpretação e aplicação do conjunto normativo criado pelo legislador, com o intuito de estabelecer as categorias das ações a serem consideradas criminosas, ou que configuram um delito, ou seja, é o poder de dizer o direito, sendo à parte que define as infrações penais e comina as sanções, bem como institui os fundamentos e as garantias que regulam o poder punitivo estatal, além disso, objetivaproteger os bens jurídicos estabelecidos como importantes dentro de uma sociedadeem seu contexto, é, portanto, um conjunto de princípios e regras que impõe as condições de legitimação e deslegitimação da jurisdição penal.

4101

Neste seguimento Capez (2018.p,56) nos diz que “a missão do Direito Penal éproteger os valores fundamentais para à subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, à propriedade, etc., denominados bens jurídicos”.

Indubitavelmente, o Direito Penal é o meio de manejo social, pelo qual Estadoacaba por fazer uso, com o objetivo de desempenhar o papel constitucional de garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade e à intimidade. Neste sentido, importa saber que, ao haver a criminalização de uma conduta, há risco potencial ao bem jurídico vida, que não visa outra coisa, senão a proteção subsidiária da inviolabilidade deste direito fundamental, o qual encontra resguardo no art. 5.º da Constituição Federal de 1988. Cabe ao Direito Penal, também,estabelecer as penas que serão cominadas aos agentes infratores, respeitando sempre os princípios constitucionais.

2.2 Princípio da igualdade

O princípio em comento prevê o gozo de tratamento isonômico aos cidadãos, reconhecendo que há a vedação quanto às diferenciações arbitrárias, bem como o propósito

de balizar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. O doutrinador Celso de Mello menciona dois objetivos que permeiam o princípio da igualdade:

Com efeito a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado proporcionar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), contra perseguição e, de outro, tolher favoritismo (MELLO, 2009, p. 23)

Ademais a igualdade figura como garantia fundamental, estando esculpida no artigo 5.º, caput, da Constituição Federal, sendo, portanto, direito inviolável. Deste modo, afirma, Pedro Lenza:

O art. 5.º, *caput*, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, enquanto a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (LENZA, 2009, p. 679).

Em outras palavras, Nery Junior elucida:

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. (JUNIOR, 1999, p. 42).

4102

Com isso, possível perceber que o princípio da igualdade abrange, necessariamente, a equidade, da qual não pode se dissociar, sob pena de não se alcançar a liberdade material pretendida pelo legislador constituinte originário. Como bem assevera José Joaquim Gomes Canotilho:

O princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério objetivo. (CANOTILHO, 2017, p. 428).

Com isso, depreende-se que o princípio em comento deve, de rigor, sempre ser observado em uma interpretação extensiva, visando um alcance material equitativo, além de que, pode-se observar que a igualdade tutelada na Constituição é mais que uma simples expressão de Direito, vindo à ser um modo mais que justo para se viver em sociedade, portanto, deve-se ser a base do sistema jurídico, com ênfase maior no sistema Penal.

Decerto, desde que se obteve um Estado Democrático de Direito se importando com a igualdade, dando agora atenção tanto à sua forma como para o seu conteúdo também,

afinal, o Direito Penal deve ser um direito democrático, onde não se está preocupado apenas com uma parte, mas sim com o todo, além de que os princípios constitucionais e a consequente interpretação do Direito Penal, em conformidade com estes imperativos, surge a obrigatoriedade de se interpretar o Direito Penal sob o comando do princípio constitucional da dignidade humana.

Para Fernando Capez:

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Na execução penal e no processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio *favor rei*, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva. (CAPEZ, 2008, p. 19).

Entretanto, Baratta diz que:

A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo da tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da razão criminalizante e da sua intensidade. O direito penal é o direito desigual por excelência (BARATTA, 2011, p. 162).

Logo o Direito Penal deve assumir o papel de integridade para garantir a igualdade real entre os cidadãos, e o modos operandi é à análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, sendo estes, nascedouro de outros princípios que são de obediência obrigatória em se tratando de Direito Penal.

4103

Neste sentido Josiane Bornia “A igualdade, quando acolhida pelo Direito Penal, representa que as normas penais protegem de igual modo todos os homens, não admitindo que certo sujeito seja lesado quanto à sua natureza” (BORNIA, 2007, p. 14)

Por conseguinte, o princípio da igualdade foi tracejado com o intuito de atribuir um tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, deste modo, nascendo assim a igualdade formal, que se deu na inexistência de sinuosidade ou inadequação sob determinado ponto de vista, entre dois ou mais elementos comparados, podendo ser objetos, indivíduos, ideias, conceitos ou quaisquer coisas que seja viável a uma comparação, e pelo fato de se respaldar apenas uma igualdade perante a lei, não sendo nada garantidor de um tratamento adequado, tendo em vista as inúmeras situações vislumbradas no cotidiano das pessoas e com o nascimento do Estado Social percebeu-se que o ideal de igualdade formal não se adequava nem efetivava a real igualdade entre os membros da sociedade, passando assim, à ser insuficiente, fazendo com que houvesse à necessidade de se buscar algo mais concreto, ou

seja, a igualdade real através da igualdade jurídica e social.

Posto que, ao se fazer uso igualdade formal, irá sempre se incumbir na análise da natureza formal do poder Estatal, no intuito de ser a igualdade perante a lei, e se mantendo atento ao tratamento igualitário, sem se fazer distinções no que tange a qualidades ou atributos da norma.

2.2.1 Igualdade Material

Através das conquistas advindas das lutas sociais e reconhecimento de direitos da segunda dimensão de direitos humanos, percebeu-se a necessidade de se obter a igualdade constante na lei e efetivá-la na vida das pessoas. Com isso se foi posta uma imposição para o legislador que na criação da norma jurídica, inclui-se, entre outros, o respeito ao princípio da igualdade, em todas suas dimensões.

Neste seguimento André Carvalho Ramos:

São reconhecidos o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos. Os direitos humanos de segunda geração são frutos das chamadas lutas sociais na Europa e Américas, sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua Parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo direitos dos trabalhadores (ver abaixo a evolução histórica dos direitos humanos). (RAMOS, 2017, p. 54).

Diante disso, passou-se a buscar uma igualdade material, com o intuito de, reconhecer direitos aos que se encontram numa situação de inferioridade para, de forma efetiva transporem essa inferioridade de modo a garantir-lhes uma igualdade de oportunidades ou de oportunidades, exigindo assim, do legislador que a lei, deva tratar por igual todos os cidadãos, na medida de suas desigualdades.

A igualdade material tem por finalidade igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais, sendo correto afirmar que esta corresponde a enunciados normativos mais específicos, que buscam desdobrar e implementarem enunciados mais genéricos, de modo a ter sua parâmentação advinda do afino dado pela esfera do Poder Legislativo às minorias, haja vista que atualmente tal proteção vem sendo compartilhada com ONGs e políticas de conscientização e educação.

Assim, ambas as isonomias acabam se tornando próximas por conta da Constituição Federal, ao passo em que elas não se limitam ao que tange o enunciado da igualdade perante a lei, afinal, no caput do artigo da Constituição federal, tem-se não só a igualdade formal, mas também uma igualdade material, onde ambas se baseiam em certos fatores, ou seja, o que se busca é uma isonomia proporcional porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais.

2.3 Discriminação

Em termos jurídicos, significa “atos que violaram os princípios da igualdade, como diferenças, exclusões, restrições ou predileções, motivados por raça, cor, sexo, idade, trabalho, crença religiosa”. ou opiniões políticas ”. (ANDREUCCI, 2019, pp. 125 e 126).

Discriminação refere-se a atitudes que prejudicam indivíduos pertencentes a determinados grupos sociais, ao longo da história tivemos motivações de discriminação relacionada a gênero, etnia, raça, nacionalidade, e, religião (JOSÉ et al., 2017, p. 100).

É o ato de considerar que certas características que uma pessoa possui são razões para os direitos que outros têm de ser negados. Em uma palavra significa que considerar a diferença implica direitos diferentes. (RODRIGUES, 2008)

Entende-se por discriminação o ato ou conduta em que se distingue determinados segmentos sociais, geralmente minorias, de forma preconceituosa, com finalidade de excluí-las, sistematizá-las ou, ainda, marginalizá-las. Nesse sentido, importa trazer à baila o conceito

Na seara do Direito, com base no Dicionário Jurídico de Plácido e Silva (2014, p. 748), têm-se que a discriminação: “É usado para indicar toda sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre várias funções ou encargos, distinguindo-as umas das outras, para que se diferenciam ou possam ser encaradas consoante a divisão.”

Deste modo, compreende-se que à discriminação se dá de fato na aplicação de norma jurídica válida e geral, nisso acaba por atingir mais de um determinado grupo, além de que sua observação se vale do sistema de estatística, vindo deste modo a expressar uma incidência maior de uma norma ou ato estatal em pessoas integrantes de uma minoria.

É o ato de considerar que certas características que uma pessoa tem são motivos para que sejam vedados direitos que os outros têm. Numa palavra, é considerar que a diferença implica diferentes direitos (RODRIGUES, 2018).

Nesse passo, a Convenção Interamericana Contra Toda Forma De Discriminação E Intolerância, define discriminação nos seguintes moldes:

Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.

Ato contínuo, em seu artigo 1, em rol exemplificativo, explicita hipóteses de incidências de discriminação, tal como nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, dentre outros.

O ilustre doutrinador José Moreira (2017, p. 35) compreende que a discriminação pode, para além do impedimento à mesma condição de oportunidade, ser uma violação de liberdade ao impedir indivíduos de tomarem decisões centrais para suas vidas.

Ademais, a discriminação funciona impedindo suas vítimas de fazer coisas que outras pessoas podem fazer livremente, podendo se manifestar de diversos modos. Por vezes é explícita, outras vezes são veladas, acontecendo assim diariamente nas sociedades e, ocasionalmente, em pequenos grupos.

Assim, a origem da discriminação pode emergir por diversas motivações, na maioria das vezes pelo exagero de uma aparência accidental, por exemplo: A discriminação racial exagera a importância da cor da pele A discriminação nacionalista enfatiza a importância de nascer em um determinado lugar (BARATTA, 2011, p. 162).

Deste modo, ocasionou-se uma divisão, por haver pessoas que são discriminadas em razão das características positivas marcantes dentro de um grupo, podendo ser caracterizada como discriminação, direta e indireta.

2.3.1 Discriminação direta

Têm-se como discriminação direta o ato de uma pessoa ou grupo serem alvo de um tratamento desfavorável em razão da etnia, cor, nacionalidade, ascendência e etc, designadamente em relação àquele que tenha sido ou possa vir a ser a outra pessoa ou grupo de pessoas em situação comparável, ou seja, essa discriminação propõe algumas normas ou ações tendentes a estigmatizar o diferente, ou simplesmente por excluir o outro de certos direitos. Em vista disso pode ser chamada como discriminação intencional ou tratamento discriminatório.

Sob o mesmo ponto de vista, Thomas Sowell (2019, p. 30): “A discriminação I (direta),

quando aplicada a pessoa, significaria julgar cada uma delas como indivíduo, independente do grupo a que pertença”.

De acordo com José Moreira (2017, p. 100): “Acontece quando uma pessoa deixa de tratar a outra como um indivíduo, uma pessoa que possui particularidades distintas de todas as outras”.

2.3.2 Discriminação indireta

A discriminação indireta, no que lhe concerne, é um ato ou de uma prática, vindo tanto do público quanto do privado, que venha a proporcionar o desfrute ou exercício de direitos com base em critérios aparentemente neutros. Significando dizer que essa discriminação nem sempre será produzida por atos, vindo a decorrer, por exemplo, de omissões ou de situações de fato. Consiste, também, na produção de efeitos adversos, sendo esse o “impacto desproporcional” contra grupos marginalizados ou vulnerabilizados.

No entendimento de Guilherme Nucci (2014, p 48), discriminação indireta “É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções Correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.

4107

A Convenção Interamericana Contra Toda Forma De Discriminação E Intolerância diz que:

Art. 1º 2. Discriminação indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha algum objetivo ou justificativa razoável e legítima, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De acordo com José Moreira

Uma norma jurídica, política, pública ou decisão institucional podem obedecer ao princípio da generalidade, não sendo dirigidas a nenhum grupo específico. Porém à sua aplicação pode ter um efeito desproporcional sobre uma determinada classe de indivíduos, o que caracteriza a discriminação indireta. (Moreira (2017, p. 102)

Dando seguimento, há o entendimento de Thomas Sowell, pelo qual assim descreve a discriminação indireta:

Tratar as pessoas de maneira negativa com base em suposições arbitrárias ou aversão à indivíduos de uma raça ou sexo particular por exemplo pode ser chamado de Discriminação II, o tipo que levou as leis e políticas antidiscriminatórias. Sowell (2019, p. 30),

Colhe-se dos escritos de Wallace Corbo, que a discriminação indireta possui, como

característica determinante o que se segue:

A discriminação indireta se desenvolve à despeito de à norma não considerar em sua elaboração ou aplicação- critério de classificação indevidos e além disso, de não ser identificável um propósito discriminatório voltado para o desfavorecimento de determinado grupo. (CORBO, 2017, p. 113).

A discriminação indireta, portanto, é a violação do princípio da igualdade oculta em normas, regras ou atitudes, estatais ou não, que, quando elaboradas, se revestiam de neutralidade e generalidade (CRUZ, 2016, p. 59).

2.5 Teoria do impacto desproporcional

Por esta teoria, tem-se que adveio no intuito de reprimir toda conduta que implique numa prática negativa sobre determinados grupos ou indivíduos, ou seja, à teoria do impacto discriminatório busca analisar com suporte à realidade os institutos legais com natureza discriminatórias, ainda que não possua intenção de discriminação.

À luz do doutrinador Sarmento:

A teoria do impacto desproporcional tem como fundamento que é possível efeitos desproporcionais de atos aparentemente neutros e que existem com a intenção de proporcionar melhorias. Em outras palavras, pelo impacto desproporcional, busca-se perceber a violação ao princípio da igualdade a partir de medidas que, quando de sua criação, se revestiu de generalidade e abstração. Essa teoria tem seu berço nos Estados Unidos (disparact impact doctrine), país historicamente discriminador de negros, que mantinha, até a década de 70, políticas públicas expressamente segregacionistas (SARMENTO, 2006, p. 72).

Paralelamente, à teoria do impacto desproporcional é tida como um apanhado Histórico da criação jurisprudencial norte-americana, baseada no caso *riggs vs. Duke Power Co.*, onde houve o julgamento a respeito de um teste criado entre os funcionários da empresa Duke Power objetivando à concorrência aos cargos de cheia, mas essa atitude acabou por gerar um impacto desproporcional dado ao fato de que os negros por não terem nível de escolaridade que os brancos, acabaram por ficar com vagas de subalternos enquanto os cargos de gerência se mantinham no padrão dos brancos, sendo esse caso julgado pela Suprema Corte Americana, nisso, se deu à concepção de métodos para a enunciação de inconstitucionalidade de atos estatais, com objetivo evidente ou não de discriminação racial.

Tendo seu objetivo em identificar atos inconstitucionais que se encontram neutros, mas que acabam causando danos a um grupo específico, ou seja, analisa os impactos discriminatórios de comportamento tanto estatal como particular, sendo essa teoria vista como o direito à adaptação razoável, estando ligada diretamente ao princípio da igualdade

que se encontra alocada no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal.

2.5 Possíveis soluções para a superação da discriminação indireta

A superação da discriminação indireta requer a implementação de medidas tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto no Congresso Nacional, a fim de garantir que as normas não perpetuem práticas discriminatórias. Através da atuação provocada ao judiciário, é possível buscar a análise e modulação de normas que estejam causando discriminação indireta, inclusive com a declaração de inconstitucionalidade, quando necessário (CORBO, 2018).

O Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos e na promoção da igualdade. Ao se debruçar sobre o objeto de uma demanda, cabe aos tribunais verificar se determinada norma está causando discriminação indireta. Caso seja constatada essa situação, os juízes podem tomar medidas para modulá-la, interpretando-a de forma a evitar a discriminação ou até mesmo declará-la inconstitucional. Essa atuação do judiciário é essencial para garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais e combater a discriminação indireta.

No entanto, a superação da discriminação indireta não se limita ao judiciário. É necessário que o Congresso Nacional adote providências para identificar e adequar as normas durante o trâmite legislativo, de forma a evitar que possuam teor discriminatório indireto. Nesse sentido, uma iniciativa viável seria a criação de uma comissão específica, similar à Comissão de Constituição e Justiça, porém focada na análise e revisão das normas sob a perspectiva da discriminação indireta. Essa comissão seria responsável por examinar minuciosamente os projetos de lei, identificar possíveis discriminações indiretas e propor alterações que garantam a igualdade e não perpetuem práticas discriminatórias (VARELLA, 2009).

Além disso, é importante incentivar a participação de organizações da sociedade civil, especialistas e acadêmicos na discussão e formulação de políticas públicas que visem combater a discriminação indireta. Esses atores sociais podem contribuir com conhecimento e experiência, trazendo perspectivas diversas para a elaboração de normas e políticas que promovam a igualdade e a inclusão.

A superação da discriminação indireta exige um esforço conjunto de diversos setores da sociedade, incluindo o Poder Judiciário, o Congresso Nacional e a sociedade civil. Ao

provocar o judiciário e ao adotar providências no Congresso Nacional, é possível identificar e corrigir normas que perpetuam a discriminação indireta, garantindo a proteção dos direitos e a promoção da igualdade. Somente por meio de uma abordagem abrangente e colaborativa será possível construir uma sociedade mais justa, inclusiva e livre de discriminação indireta.

A luta contra a discriminação tem se imposto como traço característico das sociedades democrática atual, nas quais a preocupação com a inclusão social emerge com os progressos democráticos que se espionavam nas sociedades atuais, diante dos processos de exclusão observados nas fases anteriores ao processo social e processo político em desenvolvimento.

De acordo com Nilo (2007) a forma de lidar com a desigualdade ela deve ser a mais isonômica possível, para que sejam oferecidas posições diferenciadas aos desiguais para aproximar as oportunidades das pessoas, seja na educação ou em outras áreas.

Todas as facetas da discriminação social devem ser abolidas, para que se possa viver numa sociedade mais igualitária, justa e com oportunidades mais equivalentes. Essa busca por elucidação do problema da discriminação social tem como ferramenta o direito que serve para regulamentar e tornar possível a construção da isonomia social, seja no âmbito da discriminação relacionada à deficiência física, seja no âmbito das outras discriminações (BATISTA, 2019).

4110

A discriminação indireta é uma forma sutil e muitas vezes inconsciente de discriminação, na qual certas práticas, políticas ou normas têm o efeito de excluir ou prejudicar determinados grupos ou indivíduos. Para superar esse tipo de discriminação, é necessário adotar abordagens abrangentes que promovam a conscientização, a educação e a implementação de medidas efetivas.

CONCLUSÃO

Os resultados obtidos revelaram que a discriminação indireta pode ocorrer em diversas etapas do sistema penal, desde a investigação policial até a aplicação das penas. Um dos principais desafios enfrentados na luta contra a discriminação indireta no sistema penal é a identificação e reconhecimento dessas práticas discriminatórias. Muitas vezes, elas são sutis e mascaradas por critérios aparentemente neutros, mas que têm impactos desiguais em diferentes grupos sociais. É necessário um olhar crítico e uma análise aprofundada para revelar essas formas de discriminação indireta. Além disso, é essencial implementar políticas e medidas que promovam a igualdade e evitem a discriminação indireta no sistema

penal. Isso inclui revisar e reformar leis, regulamentos e procedimentos que possam perpetuar desigualdades e tratamentos discriminatórios. A promoção da diversidade e inclusão nas instituições penais também desempenha um papel crucial na redução da discriminação indireta.

A conscientização e capacitação dos profissionais envolvidos no sistema penal são fundamentais para combater a discriminação indireta. Policiais, promotores, juízes e demais atores devem ser treinados para reconhecer e evitar práticas discriminatórias, garantindo um tratamento justo e imparcial a todas as pessoas, independentemente de sua origem étnica, gênero, orientação sexual, classe social ou outras características.

Por fim, é importante destacar que a superação da discriminação indireta no sistema penal requer uma abordagem interdisciplinar e colaborativa. É necessário o envolvimento de organizações da sociedade civil, acadêmicos, juristas, defensores dos direitos humanos e demais atores sociais na busca por soluções efetivas. Somente através de esforços conjuntos será possível promover um sistema penal mais justo, igualitário e livre de discriminação indireta.

Espera-se que este estudo contribua para a conscientização sobre a incidência da discriminação indireta no sistema penal brasileiro e para o desenvolvimento de estratégias eficazes de combate a essa forma de discriminação. A garantia da igualdade e justiça no âmbito penal é um objetivo fundamental para a construção de uma sociedade mais inclusiva e respeitosa com os direitos de todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ CARVALHO RAMOS, 2017, P. 54. **Curso De Direitos Humanos**

BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, preconceito e Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

(BULOS, 2002, p. 79). Constituição federal anotada: acompanhada dos índices alfabético-remissivos da Constituição e da jurisprudência / Uadi Lammêgo Bulos.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 162.

BATISTA, JOSÉ ANTÔNIO LAGES. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL: A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2019.

CAPEZ FERNANDO. **CURSO DE DIREITO PENAL**: 2018.P,56.

CORBO WALLACE. **Discriminação Indireta** 2017, p. 113

CORBO, Wallace. O DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E A TEORIA DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA: UMA PROPOSTA METODOLÓGICA. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 34, p. 201-239, 2018.

CRUZ, P. L. da. (Des) **Igualdade e direito de gênero**. 2016. 246 f. Tese (Direito Político e Econômico).

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINAÇÃO E INTOLERÂNCIA, 2013.

DICIONÁRIO JURÍDICO DE PLÁCIDO E SILVA. 2014, P. 748 GUILHERME NUCCI. MANUAL DE DIREITO PENAL 2014, P 48.

JOSÉ MOREIRA (2017, P. 100): O que é Discriminação.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ed. Almedina, 7ª edição, 2017, p. 428:

JUNIOR MIGUEL REALE. **Constituição e direito penal : vinte anos de desarmonia**, 2008, P. 333

LENZA PEDRO. DIREITO PENAL ESQUEMATIZADO: 2009, p. 679).

MELLO CESLO, O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade 2009,P. 23)

(NERY JUNIOR, 1999, p. 42). Princípios do Processo Civil na Constituição Federal Nelson Nery Junior.

NILO BATISTA. Introdução Critica ao Direito Brasielo 2007.p,24 SANCHES, Rogério: **Manual De Direito Penal Parte Geral** 2018,p.34

SARMENTO, D.. Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial. In: *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-racial*. Brasília: SEPPIR, 2006. P. 59-108.

SARMENTO, D.; SOUZA, C. P. *Direito constitucional*. São Paulo: Fórum, 2014.
SOWELL, TOMAS. DISCRIMINAÇÃO E DISPARIDADE: 2019, p. 30.

VARELLA, Santiago Falluh. Discriminação racial indireta e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos direitos coletivos. 2009.