



APLICABILIDADE DA LEI 13.769/18 QUANTO AOS REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME DA MULHER NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

APLICABILIDAD DE LA LEY 13.769/18 CUANTO A LOS REQUISITOS DE PROGRESIÓN ESPECIAL DEL RÉGIMEN DE LA MUJER EM LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL

Ozana Rodrigues Boritza¹
Byanca Gomes Serafim Borela²

RESUMO

A presente pesquisa verificar-se-á a aplicabilidade da Lei 13.769/2018 na atualidade, bem como análise de seus requisitos e a interferência no desenvolvimento da criança, assim como a interpretação que é dada pelo julgador ao deparar-se ao caso concreto. Além disso, restará demonstrada a perspectiva da concessão da prisão domiciliar quando se trata de sua aplicabilidade já dentro do cumprimento de pena, estudando os direitos e garantias relacionados a maternidade e expostos na Constituição Federal de 1988, objetivando conceder a visibilidade ao encarceramento feminino como um todo. Na metodologia com método dedutivo, buscando o raciocínio lógico, que parte de premissas maiores para então observar dentro da ótica de premissas menores nos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Sistema Prisional Feminino Brasileiro. Progressão de Regime. Maternidade.

RESUMEN

Esta investigación verificará la aplicabilidad de la Ley 13.769 / 2018 en la actualidad, así como el análisis de sus requerimientos e injerencia en el desarrollo del niño, así como la interpretación que da el juez ante el caso específico. Además, la perspectiva de otorgar arresto domiciliario quedará demostrada en cuanto a su aplicabilidad ya dentro de la sentencia, estudiando los derechos y garantías relacionados con la maternidad y expuestos en la Constitución Federal de 1988, con el objetivo de otorgar visibilidad al encarcelamiento de mujeres como un todo. En la metodología con método deductivo, se busca el razonamiento lógico, que parte de premisas mayores para luego observar desde la perspectiva de premisas menores en casos específicos.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal. Sistema Penitenciario Femenino Brasileño. Progresión del régimen. Maternidad.

¹ Professora da Universidade Federal de Rondônia. ozana.boritza@unir.br

² Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Rondônia.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.769/2018 trouxe consigo a oportunidade, para as mulheres que se enquadram nos requisitos exigidos em lei, de cumprirem as penas em prisão domiciliar, para melhor atender as necessidades tanto dos filhos, como da própria mulher, uma vez que os procedimentos de cuidado, saúde, assistência médica, social e até mesmo psicológica são precários no âmbito prisional, em especial atenção a mulher gestante e aquelas que já tem filho(s).

Ocorre que, apesar de ser considerada uma lei “tardia”, já que desde o século passado as mulheres enfrentavam as mesmas dificuldades de agora, quanto a conciliação do aprisionamento e a maternidade, as exigências trazidas por tal lei, a qual alterou a Lei de Execuções Penais, em seu art. 112, §3º, confere requisitos complexos e de complicada efetivação no que tange principalmente a progressão de regime.

A percepção inicial quanto a Lei 13.769/2018, contribui quanto a garantia e benefícios as mulheres que se encontram em estado gravídico ou que possuem filhos, de forma que dispõem externamente uma maior estrutura, seja familiar, psicológica, espiritual ou social, tanto para obter uma gravidez tranquila, quanto para criar os filhos de maneira digna, sem que sejam obrigadas a permanecerem com os filhos em um ambiente precário, comprometendo o desenvolvimento da prole, sua saúde tanto física como mental e prejudicando o vínculo familiar e comunitário.

Não obstante, ao analisar a aplicabilidade da lei em comento, frente aos requisitos exigidos na Lei de Execução Penal, para a progressão especial de regime da mulher que se encontra em estado gravídico ou que já são mães, busca-se elucidar todos esses requisitos que estão dispostos na lei, como também averiguar o sistema de progressão de regime e todas as inovações trazidas, a princípio como forma de fornecer benefícios e facilidades com a concessão da Prisão Domiciliar a essas mulheres vulneráveis.

Com a análise de múltiplos fatores que o intérprete da lei se depara no caso concreto, levando em consideração a discriminação negativa que incide sobre o gênero feminino, no que diz respeito a ser “mãe” e estar momentaneamente respondendo por algum ilícito, sendo essas duas figuras socialmente irreconciliáveis e muito acarretam nas causas da não concessão da prisão domiciliar, impossibilitando o exercício da maternidade saudável por estas mulheres.

Assim, entende-se que com o advento da Lei 13.769/2018 a situação da mulher que exerce a maternidade e que se encontra sob custódia do Estado, em cumprimento de pena, para que usufrua do benefício e consiga progredir de regime, disporá de obstáculos que a lei trouxe consigo, os quais a priori deveriam beneficiá-las, sem distinções, preconceitos e sem realçar tanto os aspectos subjetivos no momento de negar ou conceder o benefício.

2 O SISTEMA DE PROGRESSÃO DE REGIME

O sistema progressivo está previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal e no art.2º, §2º da Lei 8.072/90, que trata essencialmente sobre a progressão nos casos de crimes hediondos. Ambas estabelecem os requisitos, com as devidas especificações sobre o tema. Além disso, com a Lei 13.769/2018, a progressão denominada pela Lei de Execução Penal como “progressão especial”, previu os requisitos “inovadores” para a concessão do benefício da prisão domiciliar no art. 112, §3º da Lei de Execução Penal.

Nas palavras de Nucci (2014, p. 212) “como parte da individualização executória da pena, deve haver progressão de regime, forma de incentivo a proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado.” Ademais, impedir a progressão na espécie, caracteriza verdadeira afronta ao princípio da humanidade das penas, haja vista que dependendo do montante da pena aplicado ao condenado esse nunca poderá ser beneficiado pela progressão de regime, cumprindo dessa forma, a totalidade da sua pena em regime fechado, sujeito, portanto, aos efeitos da prisão de forma contínua, em verdadeiro contrassenso com o então objetivado pela legislação (CAPPELLARI, 2014).

Importante destacar que Alexandre de Moraes e Gianpaolo (2006, p. 142) aponta que dentro dos mais variados ordenamentos jurídicos constituídos, “existem basicamente três tipos de sistemas de cumprimento de pena, são eles: Filadélfia, Auburn e o Inglês ou Progressivo.”

De modo sucinto o Sistema Filadélfia era baseado na solidão, no qual o indivíduo cumpria a totalidade da pena sem dela sair, com proibição total de comunicações. Nas palavras de Bitencourt (2000, p. 94) afirma que “já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinqüente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo [...] como modelo para outro tipo de relações sociais”.

No Sistema Auburniano, apenas era permitido ao preso a saída da cela a fim de realização de trabalhos durante o dia, bem como explica Bitencourt (2000, p. 96) que “[...] estendeu a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite.”

No que diz respeito ao Sistema Inglês ou Progressivo, o mesmo autor Bitencourt (2000, p. 98) adverte que:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

Dentre as espécies de sistemas progressivos, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o Sistema Progressivo ou Inglês, com particularidades próprias, ditadas no art. 33 do Código Penal Brasileiro, que estabelece os regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto), bem como a duração em cada fase para ser concedida a progressão de regime.

Em conformidade com Távora e Alencar (2017, p.1744):

É na sentença que o juiz define o regime no qual o condenado deve iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, do Código Penal. O regime inicial de pena é fixado na sentença pelo juiz, segundo os parâmetros estatuídos no Código Penal, não podendo ser determinado regime mais gravoso que o previsto legalmente, com base apenas na gravidade em tese do crime (fundamentação insuficiente).

Ainda, deve-se ressaltar a respeito da individualização da pena, estabelecida no art. 112, caput, da Lei de Execução Penal (1994), que preceitua que:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Além disso, é necessário o cumprimento de requisitos exigidos em cada caso concreto, exigidos para a progressão de regime estabelecidos no art. 112, §3 da Lei de Execução Penal, implantados pela Lei 13.769/2018, *in verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.[...] § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa.

A Lei em comento trouxe requisitos que devem ser cumpridos de forma cumulativa, a serem observados pelas mulheres quanto a progressão de regime, ou seja, alcançando a execução criminal de pessoas já condenadas, permitindo a conciliação do exercício da maternidade por meio da Prisão Domiciliar, observados os direitos da criança, como também a dignidade da encarcerada.

No entanto, tais requisitos específicos a serem aplicados nos casos de progressão de regime para essas mulheres, constata-se a real dificuldade de preenchimento dos quesitos, tendo em vista as condições e motivos que a maior parte das mulheres encontram-se no cárcere.

2.1 REQUISITOS

Com a vigência da Lei 13.769/18, foram estabelecidos critérios a serem aplicados a determinada parcela dentre os cidadãos aprisionados, ou seja, as mulheres que se enquadram nos ditames da Lei, tornando a fração de pena a ser cumprida, nesses casos em específico, menor do que a regra estabelecida no caput do art. 112 da Lei 13.769/18. Ou seja, ao invés de cumprir 1/6 da pena para progredir de regime, deverá cumprir 1/8.

Contudo, a lei trouxe requisitos que exigem a cumulatividade, a inexistência de condenação por crime empregado com violência ou grave ameaça, primariedade, bom comportamento, dentre outros que serão tratados no decorrer do capítulo de forma minuciosa, observada a relevância de cada ponto trazido em lei.

Dentre os requisitos impostos existem aqueles que são classificados como requisitos objetivos, como o cumprimento mínimo de pena e os requisitos subjetivos, que é o caso do bom comportamento carcerário. Com o advento da Lei 13.769/2018 quanto a progressão de regime, foram estabelecidos requisitos de ambas as classificações, pressupondo o preenchimento simultaneamente.

Portanto, em uma análise inicial e posto os requisitos legais, tem-se que a Lei 13.769/18 trata de uma possibilidade e não de uma garantia, permitindo dessa forma julgamentos e arbitrariedades que obstruam o exercício e a aplicabilidade da Lei 13.769/18, contrariando o real objetivo, bem como interferindo em sua eficácia, uma vez que a lei tratou o assunto de forma genérica e sem que fossem observadas as reais necessidades dos indivíduos envolvidos na situação.

2.2 DA CUMULATIVIDADE DOS REQUISITOS INTERPOSTOS

Os requisitos impostos a serem atendidos pelas mulheres, devem ser cumpridos de forma cumulativa, ou seja, exige-se o cumprimento em sua totalidade, devendo ser atendidos todos os quesitos para fazer jus ao benefício e lograr êxito na concessão. Marcão (2016, p. 76) assevera sobre os requisitos legalmente exigidos que “[...] a ausência de apenas um determina negar a benesse”. Na mesma linha de pensamento, Cunha (2015) afirma que a falta de um deles torna “inviável a benesse legal”.

Assim sendo e tendo em vista a Lei em comento, Talon (2018), bem explica:

O art. 112, §3º, menciona a expressão “cumulativamente”. Dessa forma, caso a situação da apenada se amolde a apenas uma dessas proibições, seria suficiente para afastar essa modalidade de progressão, passando a ser aplicada a regra do art. 112, caput, da LEP, ou aquela da Lei de Crimes Hediondos. [...]. Portanto, se a

apenada praticou um crime sem violência ou grave ameaça contra o filho ou se praticou um crime com violência contra qualquer pessoa que não seja seu filho ou dependente, não fará jus a essa espécie de progressão, devendo cumprir os outros prazos (1/6, 2/5 ou 3/5).

A vista disso, o §3 do art. 112 da Lei 13.769/18 inicia-se com a primeira exigência dentre as quais serão abordadas, qual seja a cumulatividade. Dessa forma, verifica-se que mesmo a genitora encarcerada deixe de cumprir apenas um dentre os requisitos, terá de cumprir outros prazos maiores para progredir de regime, como cumprir ao menos 1/6 da pena do regime anterior na generalidade dos crimes, ou 2/5 se primário, e 3/5 se reincidente em se tratando de crimes hediondos ou equiparado.

Portanto, fato é que com a não concessão do benefício, a prole dessas mulheres que permanecerão encarceradas e ainda mais distantes do regime menos rigoroso, colocará em risco não só a própria finalidade da lei, que a priori “beneficiária” as mulheres mães, mas a vida e o desenvolvimento físico e psíquico do menor vulnerável.

3 DO NÃO COMETIMENTO DE CRIME COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA A PESSOA

A princípio os crimes realizados com emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, como, por exemplo, o homicídio qualificado, o latrocínio, a tortura, a extorsão com morte, roubo entre outros crimes elencados no decorrer do Código Penal, não admitirão o abrandamento das regras e dos requisitos e seguirão os critérios normais. Para isso, o inciso I do §3 da Lei 13.769/2018, “afasta a aplicação dessa forma de progressão de regime às apenadas que cumprem pena por crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, como homicídio, roubo, extorsão” (TALON, 2018).

Como bem visto no decorrer do presente trabalho e segundo dados da INFOPEN 2016, 62% das mulheres encarceradas respondem por crimes ligados ao tráfico de drogas e em segundo lugar, relatado com 11% das presidiárias, são por crimes ligados ao patrimônio. Dessa forma, caso a presidiária se amolde a alguma dessas proibições, dentro do rol de crimes com violência ou grave ameaça a pessoa, como, por exemplo o roubo, seria suficiente para a negativa da modalidade de progressão de regime.

Nesse íterim é importante destacar que na Jurisprudência o Supremo Tribunal de Federal (STF) entendeu:

Configura-se o crime de roubo quando a subtração do bem é cometida mediante violência ou grave ameaça. Impossibilidade de desclassificação para o crime de furto. É desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal da vítima, sendo suficiente, para a caracterização do roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem. Precedentes. (HC 107.147-MG, 1.^a T., rel. Rosa Weber, 17.04.2012, v.u.).

Assim sendo, se o agente simplesmente desestabiliza o sujeito passivo, com empurrões ou algum movimento desequilibrante que venha a dificultar a defesa da vítima e facilitar a subtração da coisa, já presencia-se uma hipótese de roubo, motivo suficiente para não ser concedida a progressão de regime prevista na Lei 13.769/18.

Portanto, a Lei 13.769/2018 trouxe um requisito que não alcançará uma parcela considerável das mulheres que se encontram sob custódia do Estado e que sejam mães ou responsáveis por portadores de deficiência e a negativa da concessão terá grande chance de ser determinada, indo de encontro a aplicabilidade da lei.

3.1 DA PRIMARIEDADE LEGISLATIVA CONJECTURADA NO INCISO IV, §3 DO ART.112 DA LEI 13.769/2018

A definição de primariedade não é contemplada na lei penal, uma vez que o art. 63 do Código Penal apenas descreve sobre a reincidência. Por sua vez, a primariedade seria o estado do agente que não é reincidente e a reincidência como dispõe o art. 63 do Código Penal “verifica-se quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Portanto, o Código Penal traz a análise do reconhecimento da reincidência e primariedade durante a segunda fase da dosimetria da pena, como causa de diminuição ou aumento, ou seja, logo após a fixação da pena base. No entanto a Lei 13.769/2018 trouxe a primariedade no inciso IV de forma inovadora, “inviabilizando a progressão para as apenadas que tiveram a reincidência reconhecida no processo que gerou a condenação” (TALON, 2018).

Alguns julgados mencionam a não possibilidade de reconhecimento da reincidência em sede de execução penal:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECONHECIMENTO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. Não é possível o reconhecimento da reincidência em sede de execução penal se a agravante não foi reconhecida na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0145.09.571191-0/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª CAMARA CRIMINAL, julgamento em 13/11/2018, publicação da súmula em 21/11/2018).

O levantamento da INFOPEN não oferece dados para análises das situações de reincidência, no entanto, informam que “[...] 29% da população prisional feminina seja condenada a penas inferiores a 4 anos, apenas 7% das mulheres encarceradas no Brasil em Junho de 2016 cumpria pena em regime aberto. Da mesma forma, temos 41% da população condenada a penas entre 4 e 8 anos e o regime semiaberto contempla apenas 16% do total da população prisional feminina.”

Pode-se concluir quanto aos dados fornecidos, que apesar de não obter dados sobre a reincidência, que incidem sobre o cálculo da pena e a determinação do regime inicial a ser cumprido, tem-se que quase metade da população feminina condenada cumpre penas entre 4 a 8 anos, ou seja, desde o princípio, poderia ser cumprida a pena em regime semiaberto, o que não acontece, conforme os dados.

Conclui-se que, grande parte das condenadas são reincidentes e logo não usufruirão da concessão do benefício da Prisão Domiciliar, mesmo porque o tráfico de drogas é a maior causa das prisões femininas no Brasil e levam a mulher ao cárcere reiteradas vezes por diversos motivos (seja por causa do companheiro, seja por questão socioeconômica).

Ademais, D'Ávila (2018), manifesta-se quanto a esse requisito da primariedade:

[...] a primariedade não pode ser critério para o direito à progressão de regime. Essa exigência não existe na legislação sequer para a progressão aplicável a crimes hediondos. Ainda assim, vale lembrar que a primariedade já é usada jurisprudencialmente como impedimento de acesso a direitos. Inserir tal previsão legislativa, além de diminuir drasticamente as chances de acesso ao direito, consolida na legislação entendimento inconstitucional, que é dupla punição por crime que já teve pena cumprida. A ideia do Marco Legal da Primeira Infância é justamente impedir que a pena se estenda até os filhos e essa condição estende, inclusive, a pena de crime anterior.

Dessa forma, é necessário entender o objetivo da lei para que não venha a diminuir as chances das mulheres terem acesso a esse direito. E mais, “a maternidade dentro do cárcere impõe a condição de reclusão também ao filho, o que fere o direito de liberdade da criança” (TASCA, *et al.*, 2014, p. 211).

Por fim, mais uma vez a Lei 13.769/2018 trouxe em seu corpo legal um requisito que diminui as chances de acesso ao direito por essas mulheres, além de ir de frente ao que está estabelecido na Lei 13.257/2016, que trata sobre o Marco Legal da Primeira Infância, que busca a implementação de políticas públicas voltada a essas crianças em fase de desenvolvimento, protegendo seus direitos e garantindo vínculo materno infantil, tratado como imprescindível para essa idade.

3.2 SOBRE A SUBJETIVIDADE DO BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO

O bom comportamento carcerário faz parte do rol dos requisitos exigidos no art. 112, §3 da Lei 12.769/2018 e esta previsto no inciso IV juntamente com o quesito da primariedade. O art. 33, §2 do Código Penal, fixa sobre a progressão de regime, devendo ser tratado como “mérito do condenado”, ou seja, dentro do rol de méritos, foi estabelecido o bom comportamento carcerário. Quanto a esse requisito classificado como subjetivo, Leite (2013) diz que “tal ‘bom comportamento’ deverá ser aferido pelo juiz da execução penal por meio de atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento penal”

Sobre este mesmo inciso, Talon (2018), comenta sobre o inciso ora exposto:

Exige-se o bom comportamento carcerário, o que é comprovado por meio de atestado de conduta carcerária assinado pelo diretor do estabelecimento. Percebe-se que não há menção de exame criminológico, motivo pelo qual não deveria ser cabível a exigência do referido exame, haja vista que não cabe ao Judiciário criar requisitos que dificultem a concessão de um direito legalmente previsto e disciplinado.

Conforme o manifesto entendimento, o requisito subjetivo do inciso IV, também é considerado como uma dificuldade para se alcançar a concessão do direito previsto, uma vez que o encargo de bom comportamento é algo abstrato e impor isso as mulheres-mães é abrir precedente a entendimentos diversos.

Ainda, no que tange a exigência de comprovação de bom comportamento carcerário, D'Ávila (2018) diz que:

[...]constitui ônus que não deve ser atribuído às próprias mulheres. O relatório feito pelo diretor do estabelecimento já é previsto na Lei de Execução Penal para a progressão de regime. Acrescentar essa exigência pode criar margens para o entendimento de que é necessária a produção de um novo relatório baseado na condição de mãe ou gestante das mulheres, aumentando as chances de negativas e arbitrariedades.

É nesse sentido que Brito (2013, p. 154) assegura que “a legislação apresenta uma lacuna, pois exigir bom comportamento e não especificar seus requisitos e consequências, não regulamenta o procedimento para que o condenado punido com falta grave venha a conseguir progressão de regime”. Também, conforme o entendimento de Kuehne (2009, p. 98): “não definiu a lei o que seja bom comportamento carcerário, o que, sem dúvida, trará entendimentos divergentes”.

Diante a ausência dessa definição, alguns doutrinadores buscam o entendimento. Marcão (2009, p. 126) diz que o “bom comportamento carcerário é comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regimentos de disciplina do estabelecimento prisional.” No entanto, mesmo na busca da conceituação desse requisito, ainda consiste em relatividade e abstração.

Esse entendimento é perfeitamente aplicável quanto a exigência do requisito exigido no inciso IV, §3 do art. 112 da Lei 13.769/2018, até mesmo porque D'Ávila (2018) aduz que:

[...] segundo o relatório [MulhereSemPrisão](#), a maternidade já é usada nos estabelecimentos prisionais femininos como dispositivo de controle e punição – por exemplo, a imposição de faltas disciplinares a mulheres quando não exercem o cuidado de seus filhos, de acordo com os critérios de agentes penitenciários (como fazer o bebê parar de chorar). Dessa forma, abre-se maior brecha para exercício de dupla penalização às mulheres: são julgadas por infringirem a lei e por não cumprirem os ideais maternos.

Além disso, Cappellari (2014, p. 321) entende “ser perigosa a concessão do que seja bom comportamento carcerário ao diretor do estabelecimento prisional, haja vista a evidente discricionariedade a tanto [...]”. Sendo que “a existência de falta grave enseja na maioria dos casos o indeferimento da progressão (CAPPELLARI, 2014, p. 321)”.

Dessa forma, Valois (2013, p. 199) afirma sobre esses elementos de avaliação que:

[...]estes novos elementos dos autos podem servir para uma avaliação positiva do comportamento do preso, ainda que haja fatos concretos que objetivamente possam impedir o direito à progressão de regime. Em termos práticos, uma falta grave poderia ser rechaçada como indício de conduta negativa, apesar da certidão da administração penitenciária, se a manifestação técnica trouxesse, por exemplo, elementos que indicassem ser tal fato esporádico ou involuntário na vida daquele preso, de acordo com as circunstâncias do cárcere. Por outro lado, em nome do princípio da legalidade, um preso que não cometeu qualquer infração disciplinar e possui atestado de bom comportamento, não pode ter direito negado com base na interpretação de características extraídas de sua avaliação psicológica.

Nesse sentido, existem acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que em sede de execução penal, desprezam quanto a análise do magistrado acerca da gravidade em abstrata do delito e da pena longa fixada na sentença, não observando o princípio da individualização da pena, o qual deveria analisar o comportamento atual dos condenados. Conforme vê-se no Habeas Corpus de nº 266.694/SP:

HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS E DESACATO. PEDIDO DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. DEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU E REFORMA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. GRAVIDADE DOS DELITOS E LONGA PENA A CUMPRIR. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. DETERMINAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA N.º 439/STJ. ILEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. Na hipótese, a negativa de progressão ao regime semiaberto e a determinação de exame criminológico foram fundamentadas pelo Tribunal de origem com base em considerações genéricas relacionadas com a gravidade do delito e com o longo tempo de cumprimento da pena, sem que fosse apontado nenhum dado concreto que desmerecesse a conduta do Paciente. Fundamentação que evidencia o alegado constrangimento ilegal e o descumprimento da Súmula n.º 439/STJ, cuja exigência é a de que a determinação de exame criminológico seja precedida de motivação concreta. 2. **“O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a gravidade do crime ou a longa pena a cumprir não constituem fundamentos idôneos para indeferir o pedido de progressão de regime**, especialmente quando dissociados de elementos concretos, ocorridos no curso da execução penal” (HC 248.488/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012) 3. **Ordem de habeas corpus concedida, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais, concessiva do regime semiaberto.**

O requisito ora exposto é de difícil percepção quanto a intenção do legislador, aparentando até mesmo que a atribuição de decidir fora dada ao diretor do estabelecimento, durante o período de cumprimento de pena do condenado, e ao juiz apenas o dever de negar ou conceder o benefício, que terá como base o atestado de mau ou bom comportamento emitido outrora.

Resta demonstrada a responsabilidade e preocupação com os requisitos impostos para a concessão dos direitos previstos, tendo em vista que a lei é direcionada a mães, gestantes, lactantes, responsáveis por um indivíduo que precisa de cuidados. O mais interessante é o fato de tais quesitos serem uma inovação legislativa e não são exigidos a outros condenados ou acusados de alguma infração legal e quando se trata de duas ou mais pessoas vulneráveis buscando direitos já disciplinados em outros regulamentos jurídicos, elaboram requisitos inovadores e que dificultam ainda mais o alcance pelas encarceradas.

Por fim, é válido ressaltar que no que se refere a esses requisitos subjetivos, devem ser eles dotados de previsão legal quanto as especificações do que é ou não bom comportamento, sob pena inclusive de ser declarada a inconstitucionalidade e a violação dos direitos do indivíduo encarcerado, devido a sua intangibilidade.

3.3 SOBRE A NÃO INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A lei 13.769/2018, trouxe no inciso V, mais um dos requisitos exigidos para a concessão do benefício da Prisão Domiciliar no curso do cumprimento da pena. Neste inciso, sugere-se a comprovação de não integração em organização criminosa, sendo esta uma “condição inexistente na legislação para concessão de qualquer direito sobre execução penal, de modo que é desproporcional exigi-la de mulheres mães e gestantes.” (D’AVILA, 2018).

No que tange ao crime de organização criminosa, a Lei 12.850/2013, estabelece e traz em seu art.1, §1º o conceito como sendo:

A associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (BRASIL, 2013).

Ainda, quanto a conceituação de organização criminosa, Bitencourt (2000, p. 26) elucida que:

O núcleo da definição de organização criminosa repousa, portanto, em associar-se, que significa unir-se, juntar-se, reunir-se, agrupar-se com o objetivo de delinquir. É necessária, contudo, a reunião de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo informalmente, com a finalidade de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes graves.

Montalvo (2000, p. 09) adverte sobre o conceito de criminalidade organizada ao estabelecer condições essenciais para a caracterização da mesma, a saber:

[...] la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones”; “actuación a distintos niveles jerárquicos”; “aplicación de tecnología y logística”; “fungibilidad o intercambialidad de los miembros”; “sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder”; “movilidad internacional” e “apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios.

Além disso, D’Avila (2018) diz que “impor novo ônus de prova impossível torna a lei inócua, além de ter potencial de criar precedentes altamente prejudiciais a mulheres selecionadas pelo sistema penal” e acabar por não atingir a finalidade da lei, interferindo na aplicabilidade e na eficácia da mesma e no julgamento dos requisitos, que são impostos e precisam ser atingidos cumulativamente. “[...] Isso porque impõe ônus de prova sobre fato negativo impossível de ser produzida, pois não existe qualquer tipo de documentação que ateste tal fato, ainda mais se considerar a situação de precário acesso à justiça” (D’AVILA, 2018).

Por fim, é preciso levar em consideração o percentual de mulheres que estão privadas de sua liberdade por crimes ligados ao tráfico de drogas, “o que pode abrir margem de interpretação como impedimento a essa condição, inclusive para concessão de outros direitos”, conforme palavras de (D’AVILA, 2018).

Portanto, mostra-se a importância de saber sobre a organização criminosa e as circunstâncias do caso concreto, para que não venha a recair em uma simples presunção de integração em organização criminosa, abrindo margens a interpretações, principalmente por parte do legislador, para que não afete de maneira significativa a possibilidade da concessão do benefício por essas mulheres.

3.4 A RESPONSABILIDADE DO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DA PENA

A execução penal, além de possuir natureza administrativa, possui também a natureza jurisdicional, sendo possível materializar somente com o devido processo legal em juízo. Nesse ínterim e conforme dita Marcão (2016, p. 127) o [...] “Juízo da execução ou juízo competente para o processo execucional é aquele sob cuja jurisdição se encontra o estabelecimento penal em que o executado cumpre pena privativa de liberdade.”

A responsabilidade de acompanhamento da execução da pena das mulheres que forem beneficiadas com a progressão de regime, foram atribuídas aos órgãos locais e ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a qual teve a função alterada com o advento da Lei 13.769/2018, passando a vigorar o art. 72, inciso VII da Lei de Execução Penal da seguinte forma:

Art. 72 [...] **VII** - acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.

Sendo assim, conforme o exposto, são atribuições dos órgãos o acompanhamento da aplicação das normas de execução penal, que neste caso em específico trata-se da mulher beneficiada com a progressão especial de regime, exposto no art.112, §3. Essa atribuição concedida aos órgãos locais e após, ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com a finalidade de acompanhamento da execução da pena daquelas beneficiadas com a progressão, [...] é problemático, pois desconsidera as possibilidades de alternâncias de governo e o impacto disso no acompanhamento dos casos, podendo causar instabilidade e ausência de segurança jurídica.” (D’AVILA, 2018).

Como elucidado, o monitoramento da integração social é uma das responsabilidades delegadas aos órgãos locais. Além disso, a reincidência também faz parte da competência dos órgãos locais, por meio de avaliações periódicas. Por isso, ambos os critérios, no entendimento de D’Avila (2018):

[...] infringe parâmetros constitucionais, pois essa “integração social” não pode ser monitorada nem aferida. São critérios subjetivos e que não podem ser usados como condição de revogação da progressão, pois abrem margem para discricionariedade, inclusive da forma como pode se dar esse monitoramento. Em segundo lugar, a própria reincidência, isto é, o cometimento de novo crime, já constitui condição que gera falta grave e, portanto, já é previsto na legislação como motivo que gera regressão de regime. Assim, inserir a mesma previsão dentre as competências do DEPEN gera possibilidade de dupla penalização.

Enfim, mais uma vez pode-se observar a presença de critérios subjetivos da condenada, que serão avaliadas periodicamente como condição de uma possível revogação do benefício quando está já se encontra usufruindo do benefício, sendo monitorados a sua integração social, que segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) “visa a criar uma sociedade inclusiva [...] que participem ativamente da vida política, econômica e social.”

Em síntese, os órgãos locais poderão utilizar como fundamentos da revogação do benefício, o fato da condenada não conseguir integrar-se socialmente, participando de forma ativa na sociedade. No entanto, não se sabe qual parâmetro a ser seguido dentro do conceito “integração social” e muito menos qual a chance de uma condenada, com filhos, conseguir ser integrada socialmente.

4 ANÁLISE GERAL DA APLICABILIDADE DA LEI 13.769/2018

A Lei 13.769/2018, alterou o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Execução Penal, estabelecendo a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher que for mãe ou gestante e para aquelas responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. A Lei também disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas que se encontram na mesma situação.

Além disso, como análise geral da aplicabilidade da Lei 13.769/2018, é preciso observar a situação da mulher que exerce a maternidade, não só pela perspectiva do direito da mulher que se encontra privada de sua liberdade, mas também pela perspectiva do direito da criança, da sua infância, do seu desenvolvimento físico e psíquico.

Dessa forma, com base em alterações legislativas e entendimentos diversos dos Tribunais a respeito do tema, houve a necessidade da criação de lei que regulamentasse sobre o assunto. No entanto, quanto a aplicabilidade da Lei 13.769/2018 e devido a seus requisitos, o benefício tornou-se apenas uma expectativa, uma probabilidade, e não uma garantia. Para tanto, a aplicabilidade posicionou-se de tal forma que colocou defronte os direitos da dignidade humana de ambas as partes, da mãe e do filho.

Tais requisitos que foram tratados ao longo do texto, culminam em seu interior a dificuldade de ser concedida a Prisão Domiciliar, isto porque as mulheres que estão encarceradas, arduamente conseguiram cumprir os requisitos, com mais ênfase nos subjetivos impostos pela lei e quando conseguem são monitoradas pelos órgãos locais que observam critérios com alta chance de revogação da progressão a depender das análises realizadas por eles.

Ademais, sobre a Lei de Execução Penal, Mirabete (2007, p. 29), leciona que:

Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execução Penal sejam louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a tem transformado, em muitos aspectos, em letra morta [...]

Nesse sentido, Carvalho (2001, p. 190 e 191) vai nos alertar no sentido de que “embora o reconhecimento dos direitos do preso atingir status constitucional, a estrutura processual que encabeça o sistema invibilizará sua plenitude”. A natureza híbrida e o modelo jurisdicionalizado autoritário criado pela LEP, “possibilitam a afirmação de que o sistema de execução penal brasileiro é inquisitorial” (CAPPELLARI, 2014).

Sendo assim, a lei estabeleceu alguns critérios que são considerados de difícil comprovação, como por exemplo a questão da participação em organização criminosa. É nesse diapasão que o entendimento de Silva e Silva Neto (2012, p. 212) afirma que “a análise do instituto da progressão de regime, a fim de que atente aos mandamentos constitucionais, deve perpassar pelo *in dubio pro reo*, no sentido de que na falta de elementos concretos, sólidos e idôneos para fundamentar a negação do pleito esse deverá ser deferido”.

Tendo em vista as considerações a cerca dos requisitos exigidos para a progressão de regime, é perceptível que o grau de complexidade alcançara pouquíssimas mulheres, uma vez que a sua aplicabilidade depende do cumprimento de requisitos de forma cumulativa, no qual alguns ensejam arbitrariedades, outros não apresentam documentos técnicos de comprovação e muitas vezes recaem na presunção do julgador e outros analisam aspectos subjetivos com prioridade.

Apesar de ser estabelecida e justificada a lei com parâmetros e princípios da proteção integral da criança, bem como ao direito da maternidade e da dignidade da pessoa humana, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, a lei percorre um caminho de inaplicabilidade, devido a estipulação de requisitos com alcançabilidade mínima dentro desse grupo.

A realidade do encarceramento feminino e a vulnerabilidade da mulher em si, os motivos que a colocam dentro do cárcere e que as levam para o “mundo” do tráfico, são pertinentes e expressivos. E quando envolve um individuo incapaz que desde a primeira infância é conduzido a se desenvolver sem o amparo materno ou dentro do cárcere, a situação precisaria ser analisada por uma perspectiva mais branda e alcançável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordou-se a Lei de n. 13.769/2018, que alterou o Código de Processo Penal, a Lei de Crime Hediondos e a Lei de Execução Penal. Nesta última, a Lei 13.769/2018 prevê a possibilidade da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, bem como no decorrer do cumprimento da pena, diante a progressão de regime, além de outras considerações.

Para tanto, a presente pesquisa discutiu a percepção e aplicabilidade da Lei 13.769/2018 quanto aos requisitos para se alcançar os benefícios diante a concessão da Prisão Domiciliar, como consequência do não alcance da Prisão Domiciliar pelas mulheres, o desenvolvimento da criança é um ponto considerável no tema, sendo que o vínculo materno-infantil remanesce com toda a situação vivenciada por ambas as partes, restando demonstrada a situação de vulnerabilidade da prole, que sofre as consequências de forma preocupante e da situação da mulher que permanece em situações de descaso em que “o Estado esquece que as mulheres são mulheres e esquece que são seres humanos que possuem necessidades próprias.” (QUEIROZ, 2016).

Portanto, para que se manifeste a eficácia e aplicabilidade da Lei 13.769/2018 para aquelas mulheres que já estão em cumprimento de pena e almejam progredir de regime, é necessário rever os requisitos e descomplexificá-los, não só pelas circunstâncias que a mulher é submetida dentro do cárcere, mas também por envolver indivíduos que apresentam demandas e necessidades específicas, atribuindo os direitos que lhe são devidos e colocando em prática aqueles que inclusive foram tratados a nível internacional.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. 1. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005
- BRASIL, 2019. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN Mulheres – 2ª ed. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf . Acesso em: 04 de ago. de 2019
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.769**, de 19 de Dezembro de 2018. estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 out. 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.072** de 25 de julho de 1990, dispõe sobre crimes hediondos de 19 de Dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 08 nov. 2019.
- BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. INFOPEN Mulheres. Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-dapopulacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 107.147-MG**, 1.ª T.; Relatora: Rosa Weber. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 266.694/SP**, 5ª Turma, Relator: Ministra Laurita Vaz. 2013.
- BRASIL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal n. 1.0145.09.571191-0/001**. Relator: DESEMBARGADOR EDISON FEITAL LEITE. Minas Gerais, 2018.
- BRASIL. **Lei nº 7.210** de 11 de Julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013
- CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos – OEA**. Presídio Central de Porto Alegre, Masmorra do Século XXI. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (Feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)**. Disponível em: www.meusitejuridico.com.br. Acesso em: 05 fev. 2019.
- DA SILVA, S. L. (2015). Ausência paterna e adição alcoólica: Os elementos que transitam e constituem essa relação. **Revista Caderno Discente**, 2(1), 1-17.

D'AVILA, Maria Clara. **Prisão domiciliar e progressão de pena para mães e gestantes**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prisao-domiciliar-e-progressao-de-pena-para-maes-e-gestantes-14122018>. Acesso em: 14 out. 2019.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre execução penal na sistemática penal brasileira**. Disponível em: <https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/112200693/consideracoes-sobre-execucao-penal-na-sistematica-penal-brasileira>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal: Comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini & Fabbrini, Renato. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTALVO, José Antonio Choclán. **La Organización Criminal**. Madrid: Dykinson, 2000.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2016.

BRASIL. Rio de Janeiro. **Decreto Nº 3.971**, 24 de dezembro de 1941.

BRASIL. Rio Grande do Sul. **Decreto Estadual nº. 7601** de 05 de dezembro de 1938.

BRASIL. São Paulo. **Decreto Nº 12.116**. 11 de agosto de 1941.

TALON, Evinis. **Novidade legislativa: progressão de regime da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência**. 2018. Disponível em: <https://evinistalon.com/novidade-legislativa-progressao-de-regime-da-mulher-gestante-mae-ou-responsavel-por-criancas-ou-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

TASCA, M. *et al.* **Prisoners' assessments of mental health problems among their children**. Int. J. Offender Ther. Comp. Criminol., v. 58, n. 2, p. 154-173, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador. Juspodvim, 2017.p.1744-1745

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Recebido: 06 de setembro de 2020.

Avaliado: 11 de novembro de 2020.