

Maternidade e encarceramento: a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no controle judicial da progressão de regime especial nos termos do art. 112, §3º da Lei de Execução Penal^{1,2}

Beatriz Ferreira de Paula³ (FDUSP)

Introdução

Na última década, houve um aumento de produções legislativas e inovações jurisprudenciais com o intuito de criar, reconhecer e reforçar mecanismos de proteção para mães encarceradas e seus filhos. Destacam-se a Lei 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância) que alterou o art. 318 do Código de Processo Penal (CPP) orientando a concessão de prisão domiciliar em substituição à preventiva para mulheres gestantes e mães de crianças de até 12 anos, com o intuito de priorizar a manutenção dos vínculos maternos; e a concessão pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Habeas Corpus coletivo nº 143.642 em fevereiro de 2017, que reforçou a tese de efetividade do Marco Legal da Primeira Infância, reconhecendo a sistemática violação de direitos das mulheres no cárcere e apontando a maternidade como um direito social das mulheres presas provisoriamente.

Em dezembro de 2018, foi promulgada a Lei 13.769, que alterou dispositivos do CPP, da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) e da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres grávidas e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiências e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de mulheres condenadas que se encontrem na mesma situação.

A partir da Lei 13.769/2018, foi incluído o §3º no art. 112 da LEP, prevendo que a progressão de regime para mulheres grávidas e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiências fica condicionada a uma fração de cumprimento de pena mais benéfica, de 1/8. Para além do requisito temporal, é necessário, cumulativamente: não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, não ter cometido crime contra seu filho ou dependente, ser primária e ter bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento e não ter integrado organização criminosa.

¹ Artigo apresentado no VIII ENADIR, no GT10. Dinâmicas criminais, práticas de justiça e gestão da punição

² Esse artigo foi elaborado com o apoio da FAPESP: Processo nº 2022/06175-6, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

³ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). E-mail: beatrizfdepaula@usp.br

Apesar desses diversos marcos orientarem para uma maior proteção aos direitos de mulheres grávidas e mães encarceradas, na realidade, tais direitos e garantias não têm sido devidamente reconhecidos pelos órgãos julgadores. Matos e Wurster (2018) são taxativas ao denunciar que “as normas reconhecedoras de direitos presentes em disposições constitucionais, convencionais e internas não ultrapassam os muros das prisões e constituem mera ficção legal” (MATOS, WURSTER, 2018, p. 72), assim como Braga (2015), que assinala que “[I]ongue da soberania da lei, o chão da prisão é feito de violações de direitos” (BRAGA, 2015, p. 531).

O presente trabalho, portanto, se debruça sobre essa recente alteração legislativa com o objetivo de compreender como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) julga os pedidos de progressão de regime para mulheres grávidas ou mães ou responsáveis por pessoas com deficiência. Para isso, foi proposto um processo de identificação, sistematização e análise de acórdãos julgados pelo TJSP, com o intuito de acessar os discursos e práticas mobilizados pelos magistrados para justificar a concessão ou denegação dos pedidos.

Como metodologia, propôs-se a análise documental de acórdãos do TJSP de pedidos de progressão de regime com fundamento no art. 112, §3º da LEP. A coleta de acórdãos foi realizada por meio da ferramenta de pesquisa no banco de jurisprudência do site do TJSP⁴. Foi utilizada uma série de combinações de palavras-chave e operadores lógicos⁵ que foram escolhidos com o objetivo de filtrar de maneira mais precisa os critérios de busca, especificando e direcionando os resultados objetivados. Para a análise dos dados coletados no banco de jurisprudência do TJSP, optou-se pela utilização do método de Teorização Fundamentada em Dados (TFD), por ser um método que se dedica especialmente à compreensão das práticas e maneiras de pensar pelas quais os sujeitos observados raciocinam e interpretam a realidade, seus pontos de vista e significações construídas por esses atores em um campo específico (CAPPI, 2019, p. 402).

Dessa forma, o trabalho discutirá o encarceramento feminino no Brasil a partir dos conceitos de guerra às drogas e feminização da pobreza, como processos que informam o aprisionamento de mulheres, abordando especialmente a questão da maternidade exercida no interior do cárcere. Então, serão apresentados os resultados da análise dos acórdãos do TJSP. Serão trabalhadas as suas características gerais e as linhas argumentativas mobilizadas pelos

⁴Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> Acesso em: 27 de agosto de 2022.

⁵ Foram utilizados cinco grupos de palavras-chave: 1º) “progressão de regime” E mãe E gestante; 2º) "progressão de regime" E ("112? parágrafo 3º" OU "112? § 3º"); 3º) "progressão de regime" E mãe E gestante E ("112? parágrafo 3º" OU "112? § 3º"); 4º) "progressão de regime" E mãe E gestante NAO ("112? parágrafo 3º" OU "112? § 3º"); 5º) "progressão de regime" E ("112? parágrafo 3º" OU "112? § 3º") NAO mãe NAO gestante, que, no total, retornaram 940 acórdãos.

magistrados para conceder ou negar os pedidos de progressão de regime especial. Por fim, articulando o conceito de hierarquias reprodutivas, propõe-se uma reflexão sobre como as características que informam as maternidades exercidas pelas mulheres presas influenciaram as decisões proferidas pelos magistrados.

1. Encarceramento feminino no Brasil: guerra às drogas, seletividade de gênero e feminização da pobreza

O Brasil é o quarto país com a maior população carcerária feminina do mundo e o terceiro em relação à taxa de aprisionamento⁶ (BRASIL, 2018). Já, ao se analisar a série histórica da taxa de aprisionamento, a população carcerária feminina do Brasil aumentou 455% entre 2000 e 2016. No entanto, circunstâncias peculiares ao encarceramento feminino acabam localizadas às margens da racionalidade adotada pelo sistema de justiça, o que resulta em graves violações de direitos (MATOS, WURSTER, 2018, p. 64)

Gomes (2020, p. 414) aponta que os efeitos do encarceramento feminino ultrapassam a pessoa presa, impactando a vida de seus filhos e familiares: as mulheres encarceradas são separadas de suas famílias; em caso de mulheres grávidas ou com filhos pequenos, as crianças são encarceradas junto delas; elas são abandonadas por seus familiares, raramente recebendo visitas. Existe uma grande pressão que recai sobre as mulheres presas porque elas são, em geral, as responsáveis pelos cuidados domésticos e com os filhos, que são impactados de forma imediata pela sua ausência (BRAGA, 2015, p. 533). Essas mulheres, muitas vezes, são as principais responsáveis pelo sustento do núcleo familiar, o que pode agravar as condições socioeconômicas da família (GOMES, PLASTINO, 2019, p. 457).

No Brasil, a população carcerária feminina é composta majoritariamente por mulheres pretas e pardas, jovens entre 18 e 29 anos, solteiras e com o ensino fundamental incompleto, além de a maior parte delas serem mães (BRASIL, 2018). Outro ponto importante é que a grande maioria das prisões femininas decorrem de condutas relacionadas ao tráfico de drogas⁷. Há, nesse cenário, um forte componente de gênero que determina as relações das mulheres com o tráfico de drogas. Compõe essa realidade a situação de pobreza, o aumento do número de lares em que as mulheres são as únicas provedoras, que precisam, então, conciliar múltiplas jornadas de trabalho, além da dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal (GOMES, 2020, pp. 408-409).

⁶ A taxa de aprisionamento indica o número de mulheres presas por 100 mil mulheres.

⁷ Segundo o INFOPEN Mulheres (2018), 62% das condenações de mulheres decorrem de condutas relacionadas ao tráfico de drogas.

Para Alves (2017, p. 3), raça, classe e gênero são fatores decisivos que influenciam a aplicação da lei penal e o encarceramento em massa, “pois é na sua administração [da justiça criminal] que se manifesta de forma explícita a intersecção dos eixos de vulnerabilidade - delineados por raça, classe e gênero - na produção de categorias de indivíduos puníveis”. Nesse sentido, mulheres negras e pobres se constituem como alvos preferenciais do sistema de justiça criminal, especialmente em crimes relacionados ao tráfico de drogas, porque, sendo cada vez mais marginalizadas do acesso às esferas de produção, consumo e direitos de cidadania, elas figuram na economia ilegal do tráfico em posições coadjuvantes. A autora recorre ao conceito de feminização da pobreza e da punição como chave de análise essencial na compreensão do processo de encarceramento de mulheres por crimes relacionados ao tráfico de drogas

Em Chernicharo (2014), o processo de feminização da pobreza pode ser analisado em dois momentos: no primeiro momento ele facilita a entrada de mulheres pobres na economia informal e ilegal do mercado de drogas; e, no segundo, facilita a sua seleção pelo sistema penal. O primeiro momento está diretamente relacionado à intensificação da pobreza entre as mulheres, em especial, entre os núcleos familiares chefiados por mulheres. A autora menciona que, devido a fatores como a dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal, desigualdade salarial, duplas e triplas jornadas e ao fato das mulheres serem ainda as principais responsáveis pelo trabalho reprodutivo, o processo de feminização da pobreza pode ser compreendido como um aumento dos níveis de pobreza entre as mulheres quando comparadas aos homens e lares chefiados por homens ou casais (CHERNICHARO, 2014, p. 72). Assim, a autora menciona que o tráfico aparece como uma possibilidade de conciliar papéis produtivos e reprodutivos e de cumprir uma normativa socialmente estabelecida, apesar da ilegalidade dos meios disponíveis (*ibid.*, p. 77).

No segundo momento, a mesma vulnerabilidade favorece a seleção dessas mulheres pelo sistema penal por meio de uma criminalização da pobreza agravada pela situação de gênero, em especial pela adequação dessas mulheres a um estereótipo de criminosas, muito associado à permanência e à reelaboração de ideais etiológicos típicos do século XIX. Como a estratégia de repressão do tráfico de drogas nos países da América Latina, e no Brasil de modo especial, volta-se para a criminalização de pequenos traficantes, as mulheres acabam sendo atingidas mais profundamente por essas políticas, já que normalmente exercem cargos subalternos das redes de tráfico, principalmente delitos não violentos de micro tráfico ou transporte de drogas (BOITEUX, 2015).

2. Maternidade e cárcere: violações de direitos, disciplinamento e a ambiguidade da mulher mãe e criminosa

Sobre o exercício da maternidade no cárcere, os dados colhidos pelo INFOPEN Mulheres (2018) atestam as condições precárias e a falta de preparo tanto para receber as mulheres quanto para as crianças. O ambiente prisional é, indiscutivelmente, inadequado para as necessidades de uma puérpera e de uma criança recém-nascida. No caso das mulheres gestantes, não há adequada assistência pré-natal, elas são vítimas de violência obstétrica, e frequentemente é reportado o uso de algemas durante o parto, além de muitas vezes serem abandonadas para dar à luz, sozinhas, nas celas porque o atendimento médico fica condicionado à concordância e discricionariedade dos agentes prisionais (REFOSCO, WURSTER, 2019, p. 25). Esse cenário indica uma necessidade de perceber que a experiência da maternidade no cárcere ainda é marcada por violações de direitos constantes e severas, o que justificaria toda experiência de maternidade encarcerada ser considerada de risco (ANGOTTI, BRAGA, 2015).

A maternidade exercida na prisão impõe, ainda, sobre as mulheres presas um paradoxo na difícil decisão entre romper com os vínculos familiares com os filhos, deixando as crianças sob a responsabilidade do pai, de familiares, ou de maneira mais comum, das avós ou mesmo de serem destituídas do poder familiar e ter seus filhos colocados para a adoção; ou então manter o laço materno, em que as crianças são trazidas para o interior do sistema carcerário junto com as mães. Nesse caso, tanto as mulheres presas quanto as crianças são capturadas pelos dispositivos carcerários, de modo que a relação entre as mães e seus filhos é disciplinada e conformada dentro da lógica prisional (BRAGA, 2015, p. 533). Nesse contexto, a maternidade significa um incremento punitivo para a mulher presa que é submetida a uma lógica da *hiper/hipomaternidade* (ANGOTTI, BRAGA, 2015). Primeiramente, há um superdimensionamento e disciplinamento da maternidade, com um convívio 24 horas por dia entre mãe e bebê, mas essa vivência, em seguida, é interrompida de maneira abrupta e traumática quando a criança é tirada do convívio da mãe. Desde a gestação até o parto, a amamentação e o cuidado e convivência com a criança são determinados por fatores externos à mãe, mediados e controlados pela instituição prisional que disciplina a maternagem por meio de diversas regras e regulamentos, que quando descumpridos podem gerar comunicados e sanções (ANGOTTI, BRAGA, 2015 p. 23).

A maternidade da mulher encarcerada representa a sobreposição dos papéis de mãe e criminosa, que são características que o imaginário social considera como diametralmente opostas e irreconciliáveis, sendo “o primeiro pautado pela maternidade como vocação natural,

exclusiva e sacralizada da mulher; e o segundo marcado pelo crime como um desvio das expectativas sociais e morais que recaem sobre quem nasce sob o sexo feminino” (BRAGA, 2015, p. 527). No entanto, esses papéis, que fora das grades são considerados opostos, são perversamente conciliados na prisão (*idem*, p. 528).

Braga (2015), nesse sentido, propõe que a maternidade encarcerada seja lida em termos de *dispositivo*, conforme proposto por Foucault, na medida em que se constitui como um “emaranhado de práticas e discursos que disputam as definições de mãe criminosa e visam responder às demandas de gênero em relação aos sistema de justiça criminal” (BRAGA, 2015, p. 528). Assim, esse dispositivo pode ser delineado a partir da ideia de que ele se expressa de diversas formas, como em sentenças, regras, arranjos e saberes que buscam definir a maternidade; de que essas definições estão em constante disputa pelos personagens e instituições do sistema de justiça criminal; e que ele atua na naturalização e fixação de posições de gênero, impondo desigualdades e produzindo violações de direitos. (*idem*).

Essa percepção dialoga diretamente com o conceito de *hierarquias reprodutivas* proposto por Mattar e Diniz. Conforme apontado pelas autoras, a maternidade foi e segue sendo uma identidade forçada sobre as mulheres, que, muitas das vezes, não conseguem exercer uma autodeterminação sobre seus corpos. Além disso, a maternidade nem sempre se constitui enquanto experiência voluntária, segura, socialmente amparada e prazerosa (MATTAR, DINIZ, 2012). Portanto, as autoras defendem que diferentes aspectos, como raça, classe social, sexualidade, entre outros, determinam a legitimidade e aceitação social dessas maternidades. Dessa forma, para refletir sobre como essas diferentes determinações afetam o exercício da maternidade, da reprodução e do cuidado com os filhos, bem como no grau de proteção e garantia de direitos humanos dessas mulheres, as autoras propõem o conceito de *hierarquias reprodutivas*, segundo o qual “há um modelo ideal de exercício da maternidade e/ou da reprodução e cuidado com os filhos. Ele é pautado por um imaginário social sexista, generificado, classista e homofóbico; portanto, trata-se de um modelo excludente e discriminatório” (MATTAR, DINIZ, 2012, p. 114).

A maternidade exercida na prisão, em que há a sobreposição de diversas determinações lidas como negativas, é colocada, então, como subalterna e marginal, sendo considerada ilegítima quando comparada a outras formas de maternidade mais socialmente aceitas.

3. Progressão de regime especial e controle da execução penal no TJSP

A progressão de regime prisional está atrelada à função de ressocialização e reintegração da pessoa apenada à sociedade, como um mecanismo de execução da pena. No Brasil, o controle da progressão de regime é judicial, de modo que se exige a manifestação do Judiciário para que seja reconhecido o direito da pessoa presa ser transferida para um regime de cumprimento de pena menos gravoso. Desta forma, apesar de a LEP ter trazido uma série de direitos às pessoas presas, também definiu uma extensa competência do juiz da execução penal, de modo que na progressão de regime está prevista “uma intervenção obrigatória do juiz, ou seja, tais direitos só podem ser usufruídos por seus destinatários se houver decisão judicial ao seu respeito” (CACICEDO, 2018, pp. 416-417).

Nesse contexto de violações institucionalizadas de garantias fundamentais das mulheres presas, mostra-se essencial, portanto, entender os argumentos e linhas discursivas mobilizadas pelos operadores do direito para conceder ou negar determinados direitos.

a) Características gerais dos pedidos de progressão de regime especial feitos ao TJSP

O trabalho partiu de uma amostra inicial de 158 acórdãos, mas durante a leitura dos acórdãos coletados, houve decisões que não interessavam ao objeto de pesquisa. Assim, ao final da primeira etapa de leitura e codificação, chegou-se a uma amostra final de 82 decisões. Em relação aos pedidos, foram formulados pelas mulheres condenadas pedidos de progressão de regime ou de retificação do cálculo de pena com a aplicação do lapso temporal de $\frac{1}{8}$, nos termos do artigo 112, §3º da LEP. Em relação aos crimes praticados, na grande maioria dos casos as mulheres haviam sido condenadas por condutas relacionadas ao comércio ilegal de drogas, em especial tráfico de drogas (art. 33, *caput* e §4º, Lei 11.343/2006). Também houve um número expressivo de condenações pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, Lei 11.343/2006).

Este dado está em consonância com a realidade carcerária do país, uma vez que a maioria das mulheres presas no Brasil foram condenadas por condutas relacionadas ao tráfico de drogas. Os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento (BRASIL, 2018, p. 53). Um outro aspecto importante diz respeito à própria natureza do direito em questão, já que no art. 112, §3º, inc. I, consta como requisito para a progressão de regime especial não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa. Sendo assim, já se afasta a incidência desse direito às mulheres que cometeram crimes

como roubo, homicídio e latrocínio, que segundo os dados do INFOPEN (2018) somam, aproximadamente, 18% do total de crimes praticados.

Sendo assim, é possível concluir que a grande maioria das mulheres beneficiadas pela alteração legislativa fruto da Lei 13.769/2018 são mulheres condenadas por condutas relacionadas ao tráfico de drogas, seja pela própria característica de seletividade penal do sistema criminal brasileiro, seja pela redação do dispositivo legal.

b) Argumentos apresentados pelo TJSP para conceder ou negar os pedidos formulados

Primeiramente, os argumentos mobilizados para negar os pedidos de progressão de foram separadas em dois grupos de acordo com sua natureza. No primeiro grupo foram as categorias de natureza objetiva: idade da criança; pertencimento a organização criminosa⁸; reincidência; inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 13.769/2018; e cometimento de falta⁹. No segundo grupo foram as categorias de natureza subjetiva: gravidade do crime cometido; maternidade exercida pela mulher presa; e ausência de demonstração da necessidade da presença da mãe. Quanto aos argumentos apresentados para conceder os pedidos, as categorias elaboradas foram: constitucionalidade do art. 4º da Lei 13.769/2018; não equiparação entre associação para o tráfico e organização criminosa; e preenchimento dos requisitos do art. 112, §3º da LEP.

Nesse sentido, os principais argumentos apresentados pelos magistrados como razão de decidir (*ratio decidendi*) foram aqueles de natureza objetiva, em especial os relacionados à extensão do termo “organização criminosa”, previsto no art. 112, §3º, inc. V da LEP, e à constitucionalidade do art. 4º da Lei 13.769/2018. No entanto, como será abordado a seguir, a prevalência de argumentos de natureza objetiva não significa que os magistrados não exerçam ampla discricionariedade ao decidir sobre a concessão ou não dos pedidos, tampouco significa que elementos de natureza subjetiva, como a maternidade exercida pela mulher presa, não exerceram influência no processo decisório.

O primeiro ponto a ser analisado foi a disputa de significados em relação ao termo “organização criminosa”. O inc. V do art. 112, §3º da LEP, traz como requisito objetivo para a progressão de regime especial que a mulher não tenha integrado organização criminosa. A legislação brasileira tem uma definição legal do termo “organização criminosa”, conforme o art. 1º, §1º, da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas¹⁰). No entanto, não foi

⁸ Não cumprimento do art. 112, §3º, inc. V da LEP.

⁹ Ausência de bom comportamento, nos termos do art. 112, §3º, inc. IV da LEP.

¹⁰ “§ 1º Considera-se organização criminosa 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,

pacífico entre os magistrados se o inc. V do art. 112, §3º da LEP se referia à definição constante na Lei das Organizações Criminosas ou se o termo deveria ser interpretado de maneira *lata*, para absorver qualquer tipo de associação para o crime.

A discussão em torno do significado do conceito apareceu tanto em decisões que concederam o pedido de progressão de regime; como, também, em decisões que negaram o pedido de progressão com base no argumento de que o termo “organização criminosa”, em sentido lato, referiria-se a qualquer tipo de *societas sceleris*, isto é, qualquer grupo de pessoas que se organizam com o intuito de praticar crimes.

Nas decisões que se adotou uma interpretação restritiva do termo “organização criminosa”, os argumentos centram-se na afirmação de que a norma impõe que o intérprete se submeta aos princípios inerentes às normas penais, como o princípio da taxatividade, o princípio da legalidade e o princípio da vedação de analogia *in malam partem*. Assim, a norma prevista no art. 112, §3º da LEP disporia de complemento normativo, (a previsão dos arts. 1º, §1º da Lei das Organizações Criminosas), então não seria legítimo ao juiz interpretar extensivamente o significado de “organização criminosa” para abranger todos os tipos de associações criminosas, como a associação para o tráfico de drogas.

Já quanto aos acórdãos que conferiram interpretação extensiva ao conceito de “organização criminosa”, foi adotada uma interpretação *lato sensu*, segundo a qual o termo não se refere apenas à definição legal prevista na Lei das Organizações Criminosas, mas sim a todo e qualquer tipo de atividade criminosa praticada em conjunto, entendendo que há uma maior ofensividade no delito praticado que justificaria o afastamento do direito à progressão especial. Principalmente quanto ao tipo de associação para o tráfico, as decisões apontavam que esse crime pressuporia a estabilidade e permanência de uma estrutura organizada. Além disso, foi apontado que a redação da lei havia sido imprecisa, o que deixava ao juiz o papel de interpretar a expressão.

Outro ponto relevante é a discussão a respeito da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006¹¹. Em algumas decisões, mesmo que a mulher não tivesse sido condenada pelo crime de associação para o tráfico, mas apenas pelo crime de tráfico de drogas, os magistrados afastaram a aplicação do regime especial se na condenação não houvesse a incidência da referida causa de diminuição.

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.”

¹¹ “§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

Essa amplitude dada à interpretação do termo “organização criminosa” tem um papel perverso ao se pensar o encarceramento feminino no Brasil, uma vez que a maioria das prisões femininas decorrem de condutas relacionadas ao tráfico de drogas, em especial tráfico e associação para o tráfico.

Outra discussão recorrente nos acórdãos analisados foi a constitucionalidade do art. 4º da Lei 13.769/2018, que, além de alterar a LEP, também promoveu uma modificação na Lei 12.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), de forma que a progressão de regime de mulheres grávidas e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência que cometeram crimes hediondos foi igualada àquelas que cometeram crimes comuns. Com a Lei 13.964/2019, esse dispositivo foi revogado, unificando todos os regimes de progressão na LEP, mantendo o regime estabelecido pelo art. 112, §3º da LEP para todas as mulheres que cumprissem os requisitos, independente de terem cometido crime comum ou hediondo.

Mesmo após a promulgação da Lei 13.964/2019, a discussão acerca da constitucionalidade do art. 4º da Lei 13.769/2018 foi um dos principais argumentos mobilizados pelos magistrados. Nas decisões que reconheceram a inconstitucionalidade incidental do art. 4º da Lei 13.769/2018, os principais argumentos apresentados foram no sentido de que a equiparação do regime de progressão prisional para crimes comuns e crimes hediondos feriria a previsão do art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal e beneficiaria as condenadas por delitos mais graves em detrimento de sentenciados primários que cometeram delitos comuns, e que isso violaria o princípio da proporcionalidade.

Há nos acórdãos que discutem a constitucionalidade do dispositivo um evidente juízo de valor tanto acerca da gravidade do crime - tráfico de drogas - quanto do acerto do legislador infraconstitucional em ter feito uma alteração legislativa dessa natureza. Dessa forma, o magistrado acaba por julgar a própria política criminal proposta. Em uma das decisões¹², o magistrado afirma que “[p]or óbvio o dispositivo legal que equipara delitos hediondos a comuns, mesmo que não considerado inconstitucional, violenta o princípio da proporcionalidade”. Há, nesse caso, dois pontos relevantes: o primeiro é que o magistrado afirma que ainda que não seja considerado inconstitucional, o dispositivo fere o princípio da proporcionalidade, ou seja, busca-se a qualquer custo afastar a aplicação do lapso temporal mais benéfico, mesmo que seja por meio de um argumento genérico de não proporcionalidade. Outro ponto é que o magistrado, em seguida, menciona que essa

¹² N° de registro 2021.0000834396, processo n° 0003478-33.2021.8.26.0502, 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Comarca de Campinas, Min. Rel. Marco Antônio Cogan. Data de julgamento 13/10/2021.

proporcionalidade é violada “mormente quando pelo mero fato de possuir filhos menores, se proporciona a mulheres traficantes de tóxicos possibilidade de fazerem jus a requisito concreto diferenciado”, ou seja, os requisitos cumulativos previstos no inc. I ao V do §3º, do art. 112 da LEP, são reduzidos ao “mero fato de possuir filhos menores”. Há tanto um julgamento da maternidade exercida, quanto da própria legislação.

Por outro lado, nas decisões que afastaram o inconstitucionalidade, os argumentos foram mais diversos, ressaltando, por exemplo, que a equiparação de crimes comuns e hediondos não visava ao benefício das mulheres condenadas, mas sim impedir que a pena atingisse seus dependentes; que a natureza da Lei 13.769/2018 seria resguardar os interesses das crianças ou pessoas com deficiência que dependessem dos cuidados da mulher condenada e que a nova regra daria suporte ao princípio constitucional de igualdade e de individualização da pena

Assim como na disputa a respeito do conceito de “organização criminosa”, o tema da constitucionalidade da equiparação da progressão de regime para crimes comuns e crimes hediondos atingiu sobretudo as mulheres condenadas por tráfico de drogas - considerado hediondo. Partindo da ideia de que os crimes que mais prendem mulheres no Brasil são os de tráfico e de associação para o tráfico e que são essas mulheres as principais beneficiárias da alteração legal promovida pela Lei 13.769/2018, os dois argumentos apresentados acabam por inviabilizar completamente a efetividade da Lei.

c) Considerações dos magistrados sobre a maternidade exercida pelas mulheres encarceradas

Em nenhum dos acórdãos analisados, considerações sobre a maternidade exercida pela mulher encarcerada foi o argumento apresentado pelos magistrados como a razão de decidir (*ratio decidendi*). No entanto, essa questão aparece de maneira explícita em pelo menos 15 acórdãos analisados e em todos os casos é utilizada para negar a concessão do direito à progressão de regime.

Retomando o conceito de hierarquias reprodutivas, fica evidente que a maternidade exercida pela mulher encarcerada é considerada menos legítima, por isso o seu exercício é obstado. Observou-se que essa construção argumentativa se deu por meio de duas chaves, que optou-se por nomear no presente trabalho como *maternidade perigosa* e *maternidade dispensável*. A primeira chave está ligada à ideia de que a mãe presa, condenada por conduta relativa a tráfico de drogas, expôs seus filhos e dependentes a perigo ou a condição degradante e violadora de seus direitos. Sendo assim, em suposto benefício às crianças, o

único destino possível para a mãe é a manutenção da prisão. Percebe-se, nesse sentido, uma alta reprovabilidade das condutas relacionadas ao comércio ilegal de entorpecentes, que aparecem então motivo suficiente para afastar o reestabelecimento dos vínculos maternos.

A segunda chave de leitura verificada foi a da *maternidade dispensável*, em que a maternidade é tratada a partir da ideia de que cabe à mulher presa provar a sua indispensabilidade para a criação dos filhos, não sendo a sua necessidade presumida. Nesses casos, os magistrados condicionam a progressão de regime especial à produção de uma prova de fato negativo, isto é, a mulher presa precisa provar que não existe terceira pessoa capaz de exercer o cuidado das crianças enquanto ela está no cárcere.

Essas duas linhas argumentativas se assemelham aos discursos mobilizados pelos juízes para negar a conversão da prisão preventiva em domiciliar para mulheres grávidas e mães no âmbito das audiências de custódia. Conforme mencionado, a Lei 13.769/2018, além de alterar a progressão de regime, também estabeleceu a substituição da prisão preventiva por domiciliar para mulheres grávidas, mães ou responsáveis por criança ou por pessoa com deficiência. Contudo, Gomes e Plastino (2019) em análise aos discursos e práticas mobilizados pelos juízes nas audiências de custódia, verificaram que o fato da mulher ter sido condenada por crimes relacionados ao tráfico de drogas, ou ter admitido ser usuária de drogas foram elementos relevantes para deslegitimar a maternidade exercida por elas. Também é interessante notar que, na esfera das audiências de custódia, a concessão da prisão domiciliar era condicionada a apresentação da certidão de nascimento dos filhos - o que era um grande obstáculo diante da dificuldade de obter esse documento no curto período de 24 horas em que a mulher estava presa. Já, na esfera da execução penal, a apresentação da certidão de nascimento deixa de ser elemento suficiente para a concessão da progressão de regime, sendo necessário que a mulher demonstre, também, a sua indispensabilidade para a criação e cuidado com as crianças.

Assim, a 'boa maternagem' estaria associada ao grau de cuidado, dedicação e interesse da mãe pelo filho, o que, na visão dos magistrados é inconciliável à figura da mulher criminosa, especialmente daquela condenada por tráfico de drogas. É a partir dessa ideia que é possível compreender porque a maioria dos juízes não aplicam de forma pragmática a legislação, ao contrário, constroem um juízo de valor sobre quem pode ser considerada mãe e como essa maternidade deve ser exercida (PLASTINO, GOMES, 2019, p. 471). Nesse sentido, ainda que os discursos estejam revestidos de boas intenções para com o melhor interesse da criança, ou mesmo de um discurso jurídico supostamente neutro, os critérios

utilizados para validar ou não o direito à maternidade revelam a prioridade conferida aos marcadores de classe, raça e sexualidade (*ibid.*).

Para pensar o exercício da maternidade e da sexualidade mediados a partir de relações de poder, Gomes e Plastino mobilizam o conceito de *hierarquias reprodutivas* (MATTAR, DINIZ, 2012). A maternidade exercida paralelamente à experiência do cárcere pode, então, ser lida a partir da sobreposição de diversos marcadores considerados negativos, posicionando-a na base da pirâmide das formas reprodutivas. Os caracteres que conformam a maternidade encarcerada, exercida principalmente por mulheres jovens, pretas e pardas, com baixa escolaridade, de estratos sociais economicamente vulneráveis e solteiras, faz com que essa experiência seja encarada como ilegítima, subalterna e marginal. Soma-se a isso a ideia de que a maternidade, enquanto ideal feminino, é inconciliável com o crime, constituindo a ambiguidade da mulher mãe e criminosa que caracteriza o exercício dessa maternidade não apenas como ilegítimo, mas também como perigoso.

Por meio da ideia de que a maternidade exercida pela mãe presa é dispensável ou perigosa, conforme as linhas argumentativas preponderantes nas decisões analisadas, sua experiência é deslegitimada pelos magistrados que decidem por privilegiar a manutenção da prisão em detrimento dos vínculos familiares. Ressalta-se que não apenas as decisões que explicitamente falam sobre o exercício da maternidade, mas também as decisões que tratam da progressão de regime especial de maneira supostamente neutra são reveladores de um sistema de justiça criminal marcado por questões de gênero. As decisões analisadas se inserem em um contexto geral de deslegitimação da maternidade encarcerada, utilizando de ampla discricionariedade, argumentos genéricos e contrários à legislação para privilegiar a manutenção da prisão em regime mais gravoso em detrimento do reconhecimento do direito à progressão de regime especial.

Conclusão

O presente trabalho buscou compreender de que forma o TJSP interpreta e aplica a modalidade de progressão de regime especial, nos termos do art. 112, §3º da LEP. A partir da análise de julgados recentes, observou-se que a jurisprudência predominante caminha no sentido de restringir o acesso de mulheres grávidas e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência ao direito executório previsto na LEP.

A Lei 13.769/2018, que alterou a LEP para incluir essa nova modalidade de progressão de regime, se insere num contexto de aumento da proteção da maternidade das mulheres encarceradas, no entanto, a atuação do TJSP subverte a finalidade do novo instituto,

introduzindo obstáculos e restrições que sequer estão previstos em lei. Nesse sentido, observou-se uma atuação punitivista e uma alta reprovabilidade dos delitos relacionados ao comércio ilegal de drogas. Assim, considerando que a maioria das mulheres presas no Brasil, e as principais beneficiárias da modalidade de progressão de regime especial são condenadas por crimes relacionados ao comércio ilícito de entorpecentes, a posição adotada pela corte tem um efeito perverso, inviabilizando a eficácia do direito em questão.

Além disso, mobilizando o conceito de hierarquias reprodutivas, ficou evidente que a maternidade exercida pela mulher encarcerada é considerada menos legítima, sendo lida como dispensável e perigosa. Nesses casos, os juízes privilegiam a manutenção da prisão no regime mais gravoso em detrimento, em última análise, ao exercício da maternidade. Mesmo as decisões em que a maternidade não é tratada de forma explícita são reveladoras de um sistema de justiça criminal que deslegitima a maternidade encarcerada. Isso porque o direito à progressão de regime especial tem seu fundamento último na garantia do exercício de uma maternidade digna, assim as decisões que negam a progressão de regime a partir de estratégias argumentativas genéricas e contrárias à legislação negam, em última instância, o exercício pleno do direito à maternidade.

Referências

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, 21, pp. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, 2017

ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. (Série Pensando o Direito, 51).

BOITEUX, Luciana. Mujeres y encarcelamiento por delitos de drogas. *Colectivo de Estudios Drogas y Derecho*, 2015.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Revista Direito GV: São Paulo*, jul./dez. 2015. pp. 553-546.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. 2018.

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1. jan./abr. 2018. pp. 413-432.

CAPPI, Ricardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito. In. MACHADO, Maíra (org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. Rede de Estudos Empíricos em Direito. São Paulo, 2017. pp. 391-422.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre Mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *A questão da prisão de mulheres no Brasil a partir de uma lente de gênero*. In. SHECAIRA, Sérgio Salomão, ALMEIDA, Julia de Moraes, FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri (orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvin August de Sá*. 1ª ed. D'Plácido. Belo Horizonte, São Paulo 2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; PLASTINO, Luisa Mozetic. *Maternidades em disputa nas audiências de custódia*. In. *Anais do III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais*. São Paulo, 2019.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grillo. *Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres*. *Interface - Comunic., Saúde, Educ.*, v. 16, n. 40. jan./mar. 2012. pp. 107-119.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; WURSTER, Tani Maria. *O patriarcalismo tardio como causa do superencarceramento de mulheres no Brasil*. In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; DA MATA, Jéssica (Org.). *Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 63-84.

REFOSCO, Helena Campos; WURSTER, Tani Maria. *Prisão domiciliar para gestantes e mães com filhos menores de 12 anos: habeas corpus coletivo e individuais na jurisprudência recente no Supremo Tribunal Federal*. In. PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (et al.) (Orgs.). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. Thomson Reuters. São Paulo, 2019.