



Evento: XXVII Jornada de Pesquisa

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO A PARTIR DE UMA ANÁLISE DA (IN)EFETIVAÇÃO DO DIREITO
À SAÚDE DAS MULHERES MIGRANTES ENCARCERADAS¹**

**THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM
FROM AN ANALYSIS OF THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH OF MIGRANT
WOMEN INCARCERATED**

**Ana Letícia Barros Teixeira², George Augusto da Silva Braúna Magalhães³, Gabrielle
Scola Dutra⁴, Mariana Chini⁵, Janaína Machado Sturza⁶, Maiquel Ângelo Dezordi
Wermuth⁷**

¹ Artigo desenvolvido na disciplina de Direito Constitucional: Organização dos Poderes e Controle de Constitucionalidade no curso de Direito da Faculdade de Balsas/UNIBALSAS, sob orientação das professoras Gabrielle Scola Dutra e Mariana Chini a partir de um intercâmbio institucional entre UNIBALSAS e UNIJUÍ.

² Graduanda do 3º ano do Curso de Direito da Faculdade de Balsas/Maranhão – UNIBALSAS. E-mail: analeticiab271@gmail.com.

³ Graduando do 3º ano do Curso de Direito da Faculdade de Balsas/Maranhão – UNIBALSAS. E-mail: george.magalhaes@alu.unibalsas.edu.br.

⁴ Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ com Bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior CAPES, sob orientação da Professora Pós Doutora Janaína Machado Sturza. Mestre em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Especialista em Filosofia na Contemporaneidade pela URI. Especialista em Direito Penal e Processual prático contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora Universitária do curso de Direito na Faculdade de Balsas – UNIBALSAS. Membro do grupo de pesquisa: “Biopolítica e Direitos Humanos”, cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos, Mestrado e Doutorado da UNIJUÍ. Advogada. E-mail: gabriellescoladutra@gmail.com.

⁵ Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bolsista pelo Programa de Cooperação Acadêmica em Segurança Pública e Ciências Forenses - PROCAD/CAPES. Mestre na área de Novos Paradigmas do Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER. Especialista em Teologia pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Bacharela em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Integrante dos Grupos de Pesquisa: “Dimensões do Poder e Relações Sociais” e “Biopolítica e Direitos Humanos”, ambos certificados pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq. Professora de Direito no Centro de Ensino Superior Riograndense – CESURG. E-mail: mar.chini@hotmail.com.

⁶ Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital N° 05/2019. Pesquisadora Universal CNPq - Chamada CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021. Email: janasturza@hotmail.com.

⁷ Pós-Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Pesquisador Gaúcho da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Líder do Grupo de Pesquisa



Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Coordenador do Projeto PROCAD/CAPES “Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados”. E-mail: madwermuth@gmail.com.

RESUMO

A temática da presente pesquisa é o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro a partir de uma análise da (in)efetivação do direito à saúde das mulheres migrantes encarceradas. Num primeiro momento, analisa-se o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro por intermédio de da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Por último, vincula-se a intersecção existente entre saúde, gênero e migração a partir de um olhar para as mulheres migrantes em conflito com a lei no sistema prisional brasileiro. Diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional nos cárceres das prisões brasileiras pela ADPF nº 347, questiona-se: é possível analisar a (in)efetivação do direito à saúde das mulheres migrantes encarceradas? A presente pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo e por uma análise bibliográfica.

Palavras-chave: ADPF Nº 347. Direito à saúde. Estado de Coisas Inconstitucional. Mulheres Migrantes. Sistema Prisional.

ABSTRACT

The theme of this research is the Unconstitutional State of Things in the Brazilian prison system from an analysis of the (in)effectiveness of the right to health of incarcerated migrant women. At first, the unconstitutional state of affairs in the Brazilian prison system is analyzed through the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 in the context of concentrated control of constitutionality. Finally, the intersection between health, gender and migration is linked from a look at migrant women in conflict with the law in the Brazilian prison system. Faced with the recognition of the unconstitutional state of affairs in Brazilian prisons by ADPF nº 347, the question is: is it possible to analyze the (in)effectiveness of the right to health of incarcerated migrant women? The present research is developed by the deductive method and by a bibliographical analysis.

Keywords: ADPF No. 347. Right to health. Unconstitutional State of Things. Migrant Women. Prison System.

INTRODUÇÃO

No âmbito constitucional brasileiro, sabe-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma ação constitucional típica do controle de constitucionalidade concentrado trazida pela Constituição Federal promulgada em 1988 (CF/88). Assim, tal ação constitucional deve ser proposta ao Supremo Tribunal Federal (STF) com o intuito de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental proveniente de ato do poder



público. Nessa compreensão, o presente estudo evidencia a imprescindibilidade de propor uma discussão crítica sobre a ADPF nº 347, a qual foi proposta pelo partido socialismo e liberdade (PSOL), com vistas a levar a corte constitucional máxima, o debate em torno do estado de coisas inconstitucionais no sistema prisional brasileiro.

Recentemente, o (STF), durante o curso da ADPF nº 347, reconheceu a inconstitucionalidade não de um ato do Poder Público, mas sim de um estado de coisa relacionado ao poder público. A expressão “Estado de coisas inconstitucional”, encontrada em decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC), ficou em evidência no direito brasileiro após a recente decisão que reconhece a generalização violação de direitos humanos e fundamentais dentro dos cárceres das prisões brasileiras. Nesse enredo, a partir de uma intersecção entre saúde, gênero e migração, tem-se a problemática da complexa (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes em conflito com a lei nos cárceres das prisões brasileiras.

O Brasil detém a 4ª maior população prisional feminina do mundo, ao passo que tais mulheres ingressam no sistema prisional brasileiro, em grande maioria, na condição de sujeitos ativos do crime de tráfico de drogas. Os altos índices de aprisionamento de mulheres migrantes têm se potencializado desde que a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) passou a vigorar no país, bem como operacionalizar suas facetas perversas proibicionistas e repressivistas pois elas encontram-se envolvidas com o tráfico internacional, crime em que há a possibilidade do aumento de pena porque existe a dinâmica da transnacionalidade no percurso do processo.

Tal panorama revela que a política de drogas brasileira tem intensificado a superlotação das penitenciárias no país, mais especificadamente, as femininas, ocasionando uma generalizada violação dos direitos humanos e fundamentais dos indivíduos encarcerados. Nesse sentido, a relevância social e jurídica da presente pesquisa está em perceber que as prisões foram feitas por homens e para homens, logo, há obstacularizações na garantia dos direitos humanos e fundamentais das mulheres migrantes privadas de liberdade nas prisões, especialmente, do direito à saúde, o qual está vinculado diretamente com o direito à vida sob a égide da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito.

Assim, evidencia-se o direito humano e fundamental à saúde, enquanto pauta de inúmeras discussões e demandas sociais. Num primeiro momento, analisa-se o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro por intermédio de da Arguição de



Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Por último, vincula-se a intersecção existente entre saúde, gênero e migração a partir de um olhar para as mulheres migrantes em conflito com a lei no sistema prisional brasileiro. Diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional nos cárceres das prisões brasileiras pela ADPF nº 347, questiona-se: é possível analisar a (in)efetivação do direito à saúde das mulheres migrantes encarceradas?

METODOLOGIA

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo e por uma análise bibliográfica.

I - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Sabe-se que as constituições modernas se desenvolveram a partir do processo revolucionário burguês do século XVIII, momento em que houve uma separação entre o sistema jurídico e o sistema político, até então acoplados em um histórico de governos absolutistas, autoritários ou teocráticos. Neste sentido, com fulcro na obra do jurista português José Gomes Canotilho, “Constituição dirigente e a vinculação do legislador”, doutrinadores e estudiosos do direito caracterizaram a constituição brasileira de 1988 como “dirigente”, uma vez que esta instigava a criação de programas aptos a adaptar a atuação estatal aos objetivos constitucionais elencados na lei maior, instituindo normas programáticas e projetos de grande mudança social (CANOTILHO, 2001). Sob outra perspectiva, o jurista pernambucano Marcelo Neves, desenvolve a teoria da constitucionalização simbólica. Considerando a obra “Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro”, o autor identifica o Brasil, junto a outros países da América Latina como países periféricos, ou seja, lugares ao qual o direito não é suficientemente autônomo e diferenciado, sendo influenciado por questões externas que dificultam sua plena aplicação (NEVES, 2018).

Sendo assim, compreende a constituição como resultado do acoplamento estrutural entre direito e política, criando um compilado de normas compatíveis com a realidade social vigente, que devem ser aplicadas na realidade fática. Não obstante, o autor reconhece que em países pouco desenvolvidos há uma deturpação semântica e estrutural entre realidade fática e



texto constitucional, caracterizando o fenômeno da desconstitucionalização fática, que dificulta o agir e vivenciar constitucional (NEVES, 2018).

Em outras palavras, determinados Estados sofrem com problemas estruturais na sua diferenciação funcional, de maneira que o direito não se torna um sistema autônomo, passando a ser explicado através de ingerências externas, principalmente por meio do Poder (forma de comunicação do sistema político) e do Dinheiro (forma de comunicação do sistema econômico) (NEVES, 2018). No geral, isto significa que a constituição nem sempre consegue alcançar todas as metas por ela traçadas, principalmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que nas palavras de Ferdinand Lassalle, a carta magna, sob um ponto de vista sociológico, se torne uma simples “folha de papel”, já que a constituição escrita se distingue da constituição real (LASSALLE, 2014).

Para evitar tais arbitrariedades, ou qualquer tipo de violação ou inobservância a carta magna, criou-se a possibilidade de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos (art.59 da CF), seja pelo poder executivo, legislativo ou judiciário. Em que pese a função típica desempenhada por cada um deles, boa parte das ações de controle de constitucionalidade ¹são decididas dentro do sistema judiciário, que possui força jurisdicional para tornar suas decisões efetivas. Ademais, as ações que versam sobre tal temática podem se dividir em controle concentrado de constitucionalidade e controle difuso de constitucionalidade (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).

O Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) é arguido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para tentar sanar uma violação massiva de direitos fundamentais da coletividade, omissão prolongada daqueles que possuíam o dever de agir, não emissão de medidas adequadas para evitar a propagação de tais problemas, estado de inconstitucionalidade ou sentimento de prejuízo daqueles que não conseguem efetivar seus direitos no plano fático. Resumidamente, este tipo de ação foi primeiro desenvolvida na Colômbia, no final do século XX, a fim de discutir pautas que envolvem a violação massiva e contínua de direitos e garantias

¹ O controle de constitucionalidade concentrado se subdivide em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que podem ser ingressadas pelos legitimados universais do art.103 da CF/88, sendo que suas decisões possuem efeito erga omnes e vinculam todo o território nacional; Quanto ao controle de constitucionalidade difuso, cujos efeitos se limitam aos fatos que lhe deram causa, podem ser arguidas por meio dos remédios constitucionais, quais sejam, habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção (e coletivo) e ação popular (MENDES; CAVALCANTE FILHO, 2021).



fundamentais, submetendo a análise da corte, questões de grande interesse público, a exemplo dos requisitos para pagamento de pensão, salário de educadores, direitos das crianças, dos adolescentes e da pessoa com deficiência, etc (WERMUTH; CASTRO, 2021).

No âmbito brasileiro, a ADPF 347 de 2015, foi a primeira a discutir questões de inconstitucionalidade no plano fático social (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2015). Hodiernamente, o sistema prisional brasileiro possui aproximadamente 746,8 mil detentos, dentre os quais, cerca de 217,7 mil tiveram sua liberdade restringida provisoriamente, segundo dados disponibilizados no site da Escola da Magistratura do estado do Rio de Janeiro, no primeiro semestre de 2021. Este número alarmante, evidencia um dos problemas mais inadmissíveis no âmbito nacional, a superlotação das penitenciárias e a deturpação da função a ela atribuída (ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2021).

Quando Michael Foucault descreve o sistema prisional do século XIX, em “Vigiar e punir”, evidencia um modelo punitivista que espetaculariza os corpos dos condenados, a fim de aplicar penalidades que violassem a integridade física e psicológica do homem, criando assim, uma noção equívoca de justiça, subordinada a vontade do poder dominante, bem como a lógica da economia capitalista. Nas primeiras páginas, ao descrever o suplício de Damiens, condenado a desmembramento em praça pública após ter cometido parricídio, o autor demonstra a visão de que a prisão era ambiente que se limitava a punir fisicamente o condenado, convalidando a máxima: “olho por olho, dente por dente” de Hamurabi, além de reforçar a “impossibilidade” de reinserir o criminoso na sociedade (FOUCAULT, 2014).

Ademais, retomando ao tema em que se pautou a ADPF nº347, bem como na noção de desconstitucionalização fática de Marcelo Neves, tem-se que todas estas garantias são inobservadas na realidade fática, uma vez que como anteriormente mencionado, as prisões brasileiras se encontram superlotadas, engrenando um sistema que não é apto para satisfazer suas principais necessidades, além de servir de observatório para uma série de violações a direitos fundamentais (e humanos) que passaram a ser normalizados pela sociedade, uma vez que tais instituições aniquilam direitos que deveriam ser meramente limitados (NEVES, 2018).

A falência do sistema prisional brasileiro a nível constitucional, pode ser visualizada de diferentes maneiras. Como exemplo: veda-se a pena de tortura, tratamento humilhante ou degradante, ações que violem a integridade física e psicológica do preso, a colocação de pessoas de sexo, idade e necessidades diferentes em um mesmo espaço, além de dificultar o pleno acesso



à justiça e reconhecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não obstante, todos estes comandos são descumpridos em boa parte do sistema penitenciário brasileiro, que funciona aquém do que determina a lei, tornando-se um espaço propício para "alimentar" o teor de criminalidade do detento, devido à falta de organização e segurança de tais localidades, ao invés de reprimir e reintegrá-lo à sociedade.

Seguindo essa linha de raciocínio, as condições proporcionadas pelas as prisões brasileiras são precárias, superlotadas e desumanas, onde os indivíduos são deixados sem as condições mínimas de existência, indo de encontro com a Constituição federal e ferindo diversos princípios, como o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Desta forma, é de suma importância destacar que o maior problema dos presídios é a superlotação e dela surgem várias dificuldades como a transmissão de doenças, falta de higiene por conta do espaço, violências sexuais e psicológicas. Logo, Michel Foucault em seu livro *“Microfísica do Poder”*, deixa isso claro quando dispõe que os presídios são ambientes que transformam os infratores em delinquentes (FOUCAULT, 2007).

Percebe-se que o Direito Penal e Pena de prisão falharam em todas as suas finalidades (educar e ressocializar) e, no mundo real, está totalmente desacreditada como possibilidade recuperadora do cidadão, ou seja, o sistema penitenciário e Direito Penal, somente selecionam os mais indesejados e tentam destruí-los através dos presídios. Amilton Bueno de Carvalho em seu livro *“Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito penal”* dispõe: “Na suma: por que punir? Responderia um nietzschiano: para que se realize a vingança, ou seja, à prática de um ato indecente se responde com outro ainda mais cruel” (CARVALHO, 2018, p. 79).

Em relação ao exposto, Raúl Zaffaroni em seu livro *“O inimigo no direito penal”* discorre:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de **pessoas**, dado que os considerava apenas como **entes perigosos ou daninhos**. Esses seres humanos são assinalados como **inimigos** da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente (ZAFFARONI, 2007, p. 11).

Logo, é indubitável que a verdadeira função das penas privativas de liberdade é eliminar as pessoas que cometem crimes e se vingar das mesmas. Em suma, não resta explicação para a existência do cárcere, visto que ele somente agrava a conduta dos presidiários e, em



nenhuma circunstância, reabilita ou recupera. Uma pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), feita em 2015, fortifica a ideia, visto que um em cada quatro presos são reincidentes no crime (IPEA, 2015).

Sendo assim, desde que haja um esforço coordenado entre as medidas legislativas, administrativas, orçamentária, judiciais e com a atuação das autoridades públicas em conjunto será possível amenizar a situação e, quem sabe, até reverter ao passar dos anos. Neste sentido, tornou-se relevante o debate de tal temática, em especial na esfera pública, considerando que a resolução deste problema envolve não só o poder judiciário, como também o executivo, legislativo e a sociedade. Reconhecer inicialmente os problemas e as falhas estruturais deste sistema, é passo essencial para traçar novos rumos que consigam “estancar” as feridas do sistema prisional brasileiro, demonstrando que a prisão não deve ser encarada sob um viés essencialmente punitivista. Como exemplo, tem-se que boa parte dos presos estão nesta condição provisoriamente, ou seja, foram submetidos a alguma medida cautelar, aguardando o findar da instrução processual; em alguns casos, a morosidade do sistema judiciário perdura por anos, gerando prejuízos à vida daquele que pode não ser condenado definitivamente. Com isto, torna-se necessário o exercício da alteridade, ou seja, da capacidade de se colocar no lugar do outro, e entender que o cometimento de um ilícito não é razão plausível para ser privado de uma série de direitos fundamentais.

Similarmente, a propositura de demandas semelhantes, devem ser incentivadas dentre aqueles com legitimidade ativa para o pleito, considerando que há outras inúmeras violações de direitos fundamentais que cumprem os requisitos da ação de estado de coisas inconstitucional, como por exemplo, o habeas corpus coletivo impetrado para resguardar o direito de gestantes (presas) amamentarem. Sem dúvida alguma, isto só será possível após a integração dos 3 poderes e da sociedade, na promoção pela dignidade da pessoa humana e pela justiça em um Estado Democrático de Direito. Logo, a partir de tal contexto de generalizadas violações aos direitos da população carcerária brasileira, é imprescindível lançar um olhar através das grades dos cárceres das prisões no Brasil para observar a dinâmica da complexa (in)efetivação dos direitos fundamentais, mais especificamente, do direito humano fundamental à saúde das mulheres migrantes no cárcere.



II - SAÚDE, GÊNERO E MIGRAÇÃO: UM OLHAR PARA AS MULHERES MIGRANTES EM CONFLITO COM A LEI NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Na obra “Presos que menstruam”, Nana Queiroz (2015) apresenta personagens que passaram (ou ainda passam) partes significativas de suas vidas no cárcere, delineando, a partir de relatos pessoais, os traços da realidade patriarcal na qual o sistema carcerário brasileiro está inserido. Safira, em sua primeira saída no regime semiaberto, após sete anos no cárcere, sentia já não conhecer os filhos e compreendia que, para eles, era praticamente uma desconhecida; desconhecida essa, que anos antes, “respirou fundo, pensou no leite e foi assaltar” (QUEIROZ, 2015, p. 12-16).

Júlia, antes estudante de direito na Universidade Ibirapuera, foi presa como cúmplice do namorado por sequestro; no cárcere, apanhava com regularidade e toda vez que buscava ter seus direitos constitucionais garantidos era apenas ignorada: pelos guardas, pelos médicos, por todos; até que, depois de um ano, foi ouvida e teve uma audiência marcada, na qual “disse tudo que aconteceu e simplesmente ninguém falou mais nada. Morreu o assunto” (QUEIROZ, 2015, p. 19-22). Lourdes Helena Moreira foi premiada no concurso “O direito do olhar”, da Penitenciária Feminina do Tatuapé. Mas ele não é Lourdes, e sim um homem transexual, que não é reconhecido como tal pelo sistema carcerário brasileiro, que coloca “homens trans em presídios femininos e mulheres trans em presídios masculinos, desrespeitando seus direitos à identidade social”, a partir de avaliações feitas única e exclusivamente na “conferência do órgão genital” (QUEIROZ, 2015, p. 141).

Os relatos apresentados demonstram um pouco do que o Estado de coisas inconstitucional significa no sistema carcerário brasileiro. Mais do que isso, demonstram como essa situação de inconstitucionalidade atinge os corpos daqueles que não são homens (em especial, brancos, cis e heterossexuais) e aqueles que sequer estão no cárcere, mas padecem de suas consequências (familiares, amigos, filhos de mães encarceradas). Do mesmo modo que Queiroz, Drauzio Varella (2017, p. 8) também recorre à realidade prisional para contar como vivem mais de duas mil mulheres aprisionadas na Penitenciária Feminina da Capital, incluindo em seu registro, relatos colhidos ao longo de onze anos como médico voluntário em dita penitenciária, iniciando sua narrativa com a frase expressa pelo funcionário que lhe deu acesso ao local: “Seja bem-vindo à casa das doidas, doutor”. Essa curta frase já serve para dar dimensão do modo como as mulheres são vistas (não apenas) no cárcere.



De acordo com o médico, no primeiro dia de consultas na penitenciária, já pode perceber que os problemas de saúde apresentados pelas encarceradas eram diferentes daqueles enfrentados por ele em prisões masculinas. Ao invés das “feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens”, as mulheres queixavam-se de outros problemas, como: “cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez”. (VARELLA, 2017, p. 9).

Se a situação já é difícil quando avaliadas as condições das mulheres brasileiras no sistema, torna-se ainda mais complexa quando verificados os dados relativos a mulheres migrantes. De acordo com o banco de dados sobre mulheres migrantes em conflito com a lei, realizado pelo Projeto Mulheres Migrantes (antes Projeto estrangeiras), do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC -, que aplica questionários a mulheres migrantes atendidas em unidades prisionais, “do total de 1.436 mulheres entrevistadas no período de 2008 a 2019 e com informações disponíveis, 58% relataram estar enfrentando algum problema de saúde” (INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC, 2020, grifo do original).

Por tratar-se de pesquisa realizada no momento do acolhimento a essas mulheres, compreendeu-se que muitas já apresentavam problemas de saúde antes da entrada no cárcere, o que é um resultado compatível com “estudos que apontam maior propensão da população prisional a apresentar problemas de saúde, principalmente por quadros de vulnerabilidade socioeconômicos anteriores ao cárcere” (INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC, 2020).

Nesse contexto, quando Gonçalves e Danckwardt (2017, p. 141-142) apontam para o aumento da população carcerária feminina no Brasil, entendem haver uma conjuntura em que o sistema prisional tem selecionado mulheres de modo prioritário, sendo estas as que mais sofrem danos por uma “política que converte grande parte da questão social em questão criminal”, visto que estas mulheres selecionadas “são recrutadas de classes populares, ostentando perfis de exclusão e de alta vulnerabilidade social”. Isso tudo se enquadra no fenômeno denominado como “feminização da pobreza”, que pode ser verificado em núcleos familiares pobres nos quais a mulher é a principal provedora, precisando confrontar os estigmas do patriarcado para poder manter a subsistência de suas famílias (GONÇALVES; DANCKWARDT, 2017, p. 141).



A problemática é que, muitas vezes, tais mulheres acabam cooptadas pelo mundo do crime, sentido no qual:

É evidente, também, a correlação entre a altíssima repressão ao uso e ao comércio de drogas e o crescimento do encarceramento feminino. Proporcionalmente, mais mulheres são presas por tráfico de drogas do que homens. Na América Latina, mulheres negras, pardas e de origem indígena, principalmente com baixa escolaridade, chefes de família e sem acesso ao mercado formal de trabalho, encontram-se inseridas no comércio de pequenas quantidades de droga como estratégia de complementação de renda e sustento de filhos e familiares. Em regra, a inserção nesse mercado dá-se de modo subalterno e sem vinculação aos altos níveis hierárquicos de tomada de decisão ou de controle financeiro das organizações criminosas. Entretanto, a seletividade penal, também, no que concerne às drogas, volta-se, sobretudo, aos indivíduos que desempenham funções de pouca relevância, com baixa remuneração e de fácil substituição no mercado das drogas: exatamente a posição ocupada pela maioria das mulheres (GONÇALVES; DANCKWARDT, 2017, p. 141).

Conforme Barbosa (2020), 75% das mulheres latino-americanas presas no Brasil responde por tráfico internacional de drogas: “A função, conhecida como mula, por vezes é atribuída à mulher. Um trabalho extremamente arriscado e de baixa remuneração”, sendo que “muitas dessas mulheres aceitam os riscos de serem mulas como forma de obter ou complementar a renda para o sustento da família, uma vez que a maioria é responsável pela casa”.

Ao tratar da temática da maternidade na Penitenciária Feminina da Capital, Varella refere:

As que chegam grávidas ou engravidam nas visitas íntimas saem da cadeia apenas para dar à luz. Voltam da maternidade com o bebê, que será amamentado e cuidado por seis meses nas celas de uma ala especial. Cumprido esse prazo, a criança é levada por um familiar que se responsabilize ou por uma assistente social que o deixará sob a guarda do Conselho Tutelar. A retirada do bebê do colo da mãe ainda com leite nos seios é uma experiência especialmente dolorosa. [...] Quando cheguei à penitenciária, as mulheres ficavam apenas dois meses com a criança, contraposição injustificável às diretrizes do Ministério da Saúde, que recomenda pelo menos seis meses de amamentação exclusiva. Quando a Justiça se deu conta da injustiça que é punir um bebê pelos erros cometidos pela mãe, o período de seis meses passou a ser respeitado. [...] As celas para onde as mães são transferidas ao dar à luz contêm um bercinho e prateleiras com mamadeiras e fraldas, roupinhas penduradas para secar em varais de barbante e boa parte dos utensílios das casas com um recém-nascido. Passam o tempo todo envolvidas com a criança, dando de mamar, lavando roupa, trocando experiências com as companheiras, as mais velhas orientando as marinheiras de primeira viagem. Quando menos esperam, vem a separação. De uma hora para a outra, voltam ao pavilhão de origem e à rotina dos dias repetitivos que se arrastam em ócio, gritaria, tranca, solidão e saudades do bebê que acabaram de perder de vista. [...] Uma semana depois de ver a filhinha levada por uma prima do namorado, Margarete, presa duas vezes por receptação de mercadorias roubadas, comentou com um fiapo de voz: — Só não me suicido porque tenho esperança de recuperar minha filha quando sair (VARELLA, 2017, p. 32-33).



A realidade apresentada é desalentadora, mesmo em casos em que mães e filhos vivem no mesmo país, mas quando trata-se de uma distância fragmentada por barreiras que extravasam os muros da prisão, o contexto torna-se ainda mais problemático. Bumachar e Ferreira (2018, p. 68) analisam a situação de mães imigrantes que perderam o contato com os filhos ao serem encarceradas na Penitenciária Feminina da Capital (a mesma observada por Dráuzio Varella) e questionam-se sobre como é possível a manutenção de vínculos entre mães estrangeiras e seus filhos, “quando separados por dois, quatro, cinco anos ou mais pelo aprisionamento em São Paulo?”.

Os autores levam em consideração que no caso da Penitenciária Feminina da Capital, 76% das estrangeiras presas são mães e enfrentam restrições na manutenção de vínculos extramuros. Suas penas, em regime fechado, não contam com visitas de familiares, nem com direito à realização de ligações telefônicas (“sequer a cobrar”), e até o ano de 2012, apenas puderam receber “dois telefonemas por ano, cada qual com duração máxima de 20 minutos. Além disso, não têm acesso à internet e só podem se comunicar via correspondências, que demoram semanas ou até meses para chegar ao seu destino final”. (BUMACHAR; FERREIRA, 2018, p. 70). É inegável, nesse contexto, que não apenas os vínculos sociais e afetivos se fragilizam, mas a própria saúde mental das encarceradas.

Outro ponto em que as mulheres migrantes em conflito com a lei saem (mais) prejudicadas, diz respeito à falta de endereço. De acordo com Barbosa (2020), a recomendação 62, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ -, não foi suficiente para que a maioria das mulheres migrantes encarceradas pudesse ter a pena relaxada em prisão domiciliar ou concessão de liberdade provisória. Por exemplo, de 154 presas estrangeiras no estado de São Paulo - sendo 39 em regime semiaberto e 115 em regime fechado -, apenas 16 conseguiram liberdade durante a pandemia.

Conforme levantamento do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), analisando apenas a situação pandêmica, verifica-se que:

ao menos 64 reeducandas estrangeiras, das 385 atendidas pela organização entre 2018 e 2019, correm risco de morte nas penitenciárias de São Paulo, por fazerem parte do grupo de risco da covid-19. A organização toma como base 293 questionários aplicados durante os atendimentos realizados nos presídios da capital paulista. Os fatores de risco analisados foram: presidiárias de 60 anos ou mais com problemas de saúde como hipertensão, diabetes, HIV, câncer, entre outras doenças; e presidiárias com até 59 anos ou com idade não identificada que possuem algum problema de saúde que se enquadra no grupo de risco. (BARBOSA, 2020).



Mesmo assim, tais riscos foram invisibilizados, confirmando o que Adriana de Proença (2020, p. 503) assevera, no sentido de que “o cárcere de mulheres estrangeiras no Brasil representa a invisibilidade dentro da invisibilidade”, visto que, mesmo com maior relevância nas discussões acerca do encarceramento feminino nos últimos anos, ainda assim, as discussões relativas às detentas estrangeiras têm sido deixadas de lado ou “em segundo plano”.

Constante na qual considera-se de suma importância dar cada vez mais visibilidade ao assunto, privilegiando o debate acerca das inconstitucionalidades existentes, não apenas no ambiente carcerário em sentido geral, mas em cada esfera na qual esse ambiente subdivide-se e, por conseguinte, “divide” (a partir de gênero e nacionalidade) os apenados e apenadas nele inseridos. Diante do exposto, constata-se que a operacionalização de processos de desigualdade social, econômica, cultural, entre outras, repercutem de forma negativa na saúde das mulheres migrantes privadas de liberdade no sistema prisional brasileiro, tendo em vista que no processo de adoecer e de morrer de tais indivíduos, há especificidades, ou seja, as condições de vida (existência (in)digna) de tais mulheres demonstram que elas estão mais expostas e em condições precárias, portanto, encontram-se mais vulneráveis e vivem menos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que o Sistema Prisional brasileiro é um segmento que se encontra em total situação de vulnerabilidade, bem como tal problemática afronta diretamente a dignidade do preso, sujeito de direitos e garantias. A pena sempre foi presente no entorno da sociedade, em todos os momentos históricos da humanidade. Por isso, a aplicação de punições sob os agentes transgressores é imperiosa de acordo com a evolução da criminalidade e das relações humanas permeadas de conflitos negativos. Dessa maneira, o Direito Penal e Processual Penal percorrem um árduo caminho na busca pela aplicação de medidas alternativas de caráter humanitário no tratamento dos conflitos, que não ultrapassem os limites da sentença penal condenatória e, por fim, utilizem-se de mecanismos idôneos, que não violem a dignidade da pessoa humana.

O processo, embora paulatino, da busca pela igualdade de gênero, acarreta à mulher um protagonismo social e a concretização da almejada independência. No entanto, tal protagonismo também é presente quando da inserção da mulher na criminalidade, tendo em vista o aumento progressivo da prática de crimes envolvendo o Tráfico de Drogas no Brasil. Portanto, com o intuito de conquistar cada vez mais os espaços públicos e abandonar o cenário



privado, a mulher passa a assumir, influenciadas, também pelas suas necessidades econômicas, sociais e de subsistência, papéis antes vistos como somente de ordem masculina, inclusive o acesso ao comércio clandestino de drogas. Com isso, ocorre a desconstrução de estereótipos idealizadores da personalidade da mulher frágil para a interposição de aspectos oriundos do seu “instinto criminoso”, ou seja, ocorre “a inclusão das mulheres pela exclusão” quando o crime as acolhe e, conseqüentemente, das drogas pela criminalização feminina.

Nesse sentido, é indubitável que a questão constitucional e a sua aplicação estejam entre os principais fatores do problema. Logo, percebe-se que a partir de uma observação sobre o Estado de coisas inconstitucionais no sistema prisional brasileiro através da ADPF nº 347 em sede de controle de constitucionalidade concentrado, fica cristalino que o sistema prisional é precário desde a sua criação, uma vez que apresenta diversos problemas no que diz respeito as questões físicas, psicológicas e humanas, motivo pelo qual produzem-se repercussões no que diz respeito a complexa (in)efetivação do direito humano à saúde das mulheres migrantes na condição de presas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Rodrigues. **Ferdinand Lassalle e o conceito sociológico de constituição**. 2016. Disponível em: <https://rodrigoandradedealmeida.jusbrasil.com.br/artigos/365383576/ferdinand-lassalle-e-o-conceito-sociologico-de-constituicao-parte-1#:~:text=Lassalle%20conclui%20que%20uma%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,necessariamente%2C%20perante%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20real>. Acesso em: 25 de maio de 2022.

BARBOSA, Leandro. Falta de endereço fixo impede mulheres migrantes de saírem de presídios de SP durante a pandemia. **Gênero e Número**, 2020. Disponível em: <https://www.generonumero.media/mulheres-migrantes-presas-coronavirus/>. Acesso em 12 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.258, de 15 de Junho de 2010**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12258-15-junho-2010-606734-publicacaooriginal-127579-pl.html>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BUMACHAR, Bruna Louzada; FERREIRA, Pedro Peixoto Ferreira. Materialidades e Maternidades: Agência distribuída e produção de copresença em redes espaço-temporais de cuidado mobilizadas por estrangeiras na penitenciária feminina da Capital (PFC) – SP. **Interseções: Revista De Estudos Interdisciplinares**, vol. 20, nº. 1, 2018, p. 67.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Portugal: Coimbra Editora. 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito** - 1. Ed. -. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 87.

DE PROENÇA, Adriana. Mulheres estrangeiras e cárcere no Brasil: a dupla invisibilidade. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 5, n. 9, p. 423–521, 2020. DOI: 10.24861/2526-5180.v5i9.141. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/141>. Acesso em: 12 jun. 2022.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Fórum de Segurança Pública e Execução Penal debaterá os problemas do Sistema Prisional**. 2021. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/2021/Forum-de-Seguranca-Publica-e-Execucao-Penal-Sistema-Prisional.html. Acesso em: 13 jun. 2022.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42 edição. São Paulo: Editora Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 24.ed. São Paulo: Edições Graal, 2007^a.

GONÇALVES, V. C.; DANCKWARDT, C. O monitoramento eletrônico de mulheres na Comarca de Porto Alegre. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 17, p. 135–149, 2017. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/182>. Acesso em: 12 jun. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Relatório de Pesquisa Reincidência Criminal no Brasil**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590. Acesso em: 13 jun. 2022.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). **Saúde nas prisões: olhando para as mulheres migrantes em conflito com a lei**. 2020. Disponível em: <https://itc.org.br/boletim-saude-migrantes/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 1^a edição. Rio de Janeiro: Editora Pilares. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de Direito Constitucional**. 8^a edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação a partir do caso brasileiro**. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2018.



QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam** [recurso eletrônico]. - 1. ed. – Rio de Janeiro: Record, 2015.

SCHOLZE, Victor. “Emprego da teoria da constituição dirigente adequada a realidade brasileira”. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30277/emprego-da-teoria-da-constituicao-dirigente-adequada-a-realidade-brasileira>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF) Nº 347**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 13 jun. 2022.

TACLA E TIOSSO ADVOGADOS ASSOCIADOS. “Tornozeleira eletrônica: conheça as regras envolvendo o uso do dispositivo”. **Tacla e Tiosso Advogados Associados**. Disponível em: [Tornozeleira eletrônica: conheça as regras envolvendo o uso do dispositivo - Machado, Tacla & Tiosso Advogados Associados \(mttadv.com.br\)](https://www.mttadv.com.br/tornozeleira-eletronica-conheca-as-regras-envolvendo-o-uso-do-dispositivo). Acesso em: 25 de maio de 2022.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. CASTRO, André Giovanni de. Direitos Humanos E Estado De Coisas Inconstitucional No Sistema Carcerário: O Transconstitucionalismo Latino-Americano Na Adpf Nº 347. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 11. Nº 2. 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7400>. Acesso em: 13 jun. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

ZAMPIER, Débora. Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa. In: **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa/>. Acesso em: 02, junho de 2022.