

Arcénio Francisco Cuco
Bruno Rotta Almeida
Zacarias Filipe Zinocacassa
(Orgs.)

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: PERSPECTIVAS ANGOLANA, BRASILEIRA E MOÇAMBICANA



EDITORA
DOM
MODESTO

 CAPES



 PPGD
Programa de Pós-Graduação
em Direito - UFPel

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19:

perspectivas angolana, brasileira e
moçambicana

Arcénio Francisco Cuco
Bruno Rotta Almeida
Zacarias Filipe Zinocacassa
(Organizadores)

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19:

perspectivas angolana, brasileira e
moçambicana

1ª Edição



Editora Dom Modesto
Blumenau, 2024



Editora Dom Modesto

Endereço: Rua Julio Michel, n 263, sala 5C, Blumenau/SC

Cep: 89.055-000

Fone: (47) 99181 5647

contato@dommodesto.com.br

www.dommodesto.com.br

Instagram: @dommodesto

Facebook: @editoradommodesto

Todos os direitos desta publicação são reservados pela editora.

A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e se constitui numa contrafação à cultura.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

- E79 O Estado de Emergência e a proteção dos Direitos Humanos em tempos de COVID-19 [recurso eletrônico] : perspectivas angolana, brasileira e moçambicana / organizadores: Arcénio FranciscoCuco, Bruno Rotta Almeida, Zacarias Filipe Zinocacassa. – Blumenau, SC: Editora Dom Modesto, 2024.
Dados eletrônicos (1 PDF).

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-81399-64-1

1. Direito fundamental. 2. Direitos humanos.
3. Saúde pública. 4. Covid-19. I. Cuco, Arcénio. II. Almeida, Bruno Rotta. III. Zinocacassa, Zacarias Filipe. IV. Título.

CDU 342.7

Bibliotecária responsável: Bruna Heller – CRB 10/2348

ARTE-FINAL E DIAGRAMAÇÃO:

ARKLOM

IMAGINAR É DESPERTAR IDEIAS

Campo Bom - RS - E-mail: imagine@arklom.com

www.arklom.com.

CONSELHO EDITORIAL

- Prof^ª. Dr^ª. Ana Paula Basso – UFCG e UFPB/Brasil
Prof^ª. Me. Analice Schaefer de Moura – Dom Alberto/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Angela Dias Mendes – Unigama e UERJ/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Charlise Paula Colet Gimenez – URI/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Clarissa Tassinari – UNISINOS/Brasil
Prof. Dr. Clovis Gorczewski – UNISC/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Daiane Moura de Aguiar – UAM/Brasil
Prof. Dr. Daniel de Mello Massimino – CatólicaSC/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Danielle Anne Pamplona – PUCPR/Brasil
Prof. Dr. Danilo Pereira Lima – IMESB/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Eliane Fontana – UNIVATES/Brasil
Prof^ª. Me. Elisa Berton Eidt – UFSC e PGE-RS/Brasil
Prof^ª. Me. Flávia Candido da Silva – REGES/Brasil
Prof. Dr. Giancarlo Copelli – FDV-FAPES/Brasil
Prof. Dr. Guilherme Valle Brum – PGE-RS/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Isadora Wahys Cadore Virgolin – UNICRUZ/Brasil
Prof. Dr. Iuri Bolesina – IMED/Brasil
Prof. Dr. Ivo dos Santos Canabarro – UNIJUI/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Janete Schubert – UNICRUZ/Brasil
Prof. Dr. Jonabio Barbosa dos Santos – UFPB, UFCG e UNIFACISA/Brasil
Prof. Dr. Luiz Felipe Nunes – CESURG/Brasil
Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu – FURB/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino – UFMA/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Marli Marlene Moraes da Costa – UNISC/Brasil
Prof. Dr. Mateus Barbosa Gomes Abreu – UNIRUY e UNINASSAU/Brasil
Prof. Dr. Matteo Finco – UniRITTER/Brasil
Prof^ª. Me. Rafaela Cândida Tavares Costa – FEOL/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Roberta Drehmer de Miranda – Dom Bosco/Brasil
Prof. Dr. Rodrigo Cristiano Diehl – UNISC/Brasil
Prof. Dr. Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – ESMARN e UFRN/Brasil
Prof. Dr. Sandro Cozza Sayão – UFPE/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Tássia Aparecida Gervasoni – IMED/Brasil
Prof^ª. Dr^ª. Vera Lucia Spacil Radatz – UNIJUI/Brasil
Prof. Dr. Willame Parente Mazza – UESPI/Brasil

APRESENTAÇÃO

Esta obra se intitula **O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: PERSPECTIVAS ANGOLANA, BRASILEIRA E MOÇAMBICANA**, e reúne contribuições sobre direitos humanos, constitucionalidade e sistema penal. A proposta é unir contribuições de pesquisadoras e pesquisadores a fim de prosseguir no debate sobre o Estado e os direitos humanos na contemporaneidade e em perspectiva comparada.

Este livro também é resultado do intercâmbio acadêmico e institucional entre a Universidade Federal de Pelotas (Brasil), a Universidade Católica de Moçambique e a Universidade Rovuma (Moçambique). Destacamos, por exemplo, a publicação anterior do livro *“Justiça criminal e direitos humanos no sul global: perspectivas brasileira e moçambicana”*, em 2020, e também a organização do evento III Congresso Internacional Punição e Controle Social: Workshop Justiça Criminal e Direitos Humanos no Sul Global, promovido pelo Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos, em parceria com os seguintes programas e instituições: PPGD/UFPel – Universidade Federal de Pelotas; FD/UR – Universidade Rovuma, Moçambique; FD/UCM – Universidade Católica de Moçambique; PPGD/UFAL – Universidade Federal de Alagoas; CLACSO – Conselho Latino-americano de Ciências Sociais, e apoio financeiro da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

A coletânea aqui apresentada possui relevância para o desenvolvimento científico, pois propõe alavancar o conhecimento e a produção científica de pesquisas e ações voltadas a melhor compreender o desempenho dos direitos humanos em distintos contextos nacionais, envolvendo o intercâmbio de variadas instituições de ensino e pesquisa, e integrada à agenda de distintas redes de pesquisa e grupos de trabalho nacionais e internacionais no âmbito do Sul-Sul e das vivências e experiências próximas e com impacto social, político e jurídico na comunidade.

O livro está dividido em duas partes. A primeira parte se denomina “ESTADO DE EMERGÊNCIA, CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19”, e congrega os seguintes capítulos: MOÇAMBIQUE: EMERGÊNCIA DA COVID -19, ESTADO DE EXCEÇÃO E TUTELA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, de Melquisedec Muapala; O CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ACTOS NORMATIVOS DE EXCEÇÃO RESTRITIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA, de Zacarias Filipe Zinocacassa; O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE DO COVID-19, de Ândreo da Silva Almeida e Marcelo Nunes Apolinário; IMPLICAÇÕES JURÍDICO – PRÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE CALAMIDADE, de Barbosa Morais; REFLEXÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19, de Elita Morais Dorvillé e Elaine Pimentel; INTERVENÇÕES MÉDICAS E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19, de Diego Alan Schöfer Albrecht e Andrey Luciano Bieger; O DIREITO HUMANO À SAÚDE E A TECNOLOGIA: A PANDEMIA DE COVID-19, de Guilherme Camargo Massau e Sthefany Vasconcellos da Silva Geyer; ÉTICA E DEONTOLOGIA PROFISSIONAL DOCENTE EM TEMPOS DE COVID-19: LIMITAÇÕES E OPORTUNIDADES, de José da Cruz Muluta; O ENSINO HÍBRIDO COMO UMA MEDIDA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR NA ÉPOCA DE ESTADO DE EMERGÊNCIA: CASO DA FACULDADE DE DIREITO DA UCM, de Nelson David Bechane Chapananga; SUSPENSÃO E CESSAÇÃO DA RELAÇÃO LABORAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, FACE AO PRINCÍPIO DE SEGURANÇA NO TRABALHO, de Clara José Macovela; VULNERABILIDADES NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM ANGOLA EM TEMPOS DE COVID-19, de Utukidi José Carlos; e OS IMPACTOS DO CORONAVÍRUS AOS DIREITOS HUMANOS E À SAÚDE MENTAL, de Domingos Bombo Damião.

A segunda parte se intitula “COVID-19 E DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES”, e contempla as seguintes seções: DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE EMERGÊNCIA, de Sezinho Muachana; LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE PRISIONAL: UM ALERTA NECESSÁRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA, de José Flávio Ferrari Roehrig e Patrick Cacicedo; COLONIALIDADE, PANDEMIA E CÁRCERE: ALTERNATIVAS À VIOLAÇÃO

DE DIREITOS HUMANOS, de Daniela Cristien Silveira Mairesse Coelho e Valmor Scott Jr; A PANDEMIA ESCANCARA O CÁRCERE: COLONIALISMO PENAL, DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA NO ENFRENTAMENTO À COVID-19 NAS PRISÕES, de Otávio L.S. Couto, Dirceu Franco Ferreira, Samuel Tracol e Carolina Córdova; COVID-19 E DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES: DOS DANOS SOCIAIS ÀS EXPERIÊNCIAS E ATUAÇÕES NA PROTEÇÃO DE DIREITOS, de Bruno Rotta Almeida, Rafaela Peres Castanho e Rafaella Soares Fraga; OK GOOGLE: COVID, PRISÕES E AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO NEOLIBERALISMO, de Jackson da Silva Leal e Alex da Rosa; PANDEMIA E SIGILO: ACESSO À INFORMAÇÃO PRISIONAL NO CONTEXTO SUL-RIO-GRANDENSE DO BRASIL, de Luiz Antônio Bogo Chies; PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA: CONSEQUÊNCIAS E LUTAS EM TORNO DO DIREITO DE VISITA, de Bruna Hoisler Sallet, Bruno Rotta Almeida e Thais Bonato Gomes; e O ENCARCERAMENTO JUVENIL NA ERA DA PANDEMIA: UM OLHAR A PARTIR DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO PERNAMBUCANO, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado, Hugo Leonardo Rodrigues Santos e Marco Alexandre de Souza Serra.

Registramos, por fim, nosso agradecimento a todas e todos que enviaram suas contribuições para esta coletânea, bem como à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, por meio do Programa de Apoio à Pós-Graduação – PROAP, cujo financiamento e auxílio tornaram possível a publicação desta obra.

Pelotas (Brasil) e Nampula (Moçambique), novembro de 2023.

Os organizadores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
PARTE I: ESTADO DE EMERGÊNCIA, CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19	12
MOÇAMBIQUE: emergência da Covid -19, estado de exceção e tutela dos direitos e liberdades fundamentais	13
<i>Melquisedec Muapala</i>	
O CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ACTOS NORMATIVOS DE EXCEÇÃO RESTRITIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA	31
<i>Zacarias Filipe Zinocacassa</i>	
O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE DO COVID-19	53
<i>Ándreo da Silva Almeida e Marcelo Nunes Apolinário</i>	
IMPLICAÇÕES JURIDICO - PRÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE CALAMIDADE	70
<i>Barbosa Moraes</i>	
REFLEXÕES SOBRE políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil em tempos de pandemia da Covid-19	86
<i>Elita Moraes Dorvillé e Elaine Pimentel</i>	
INTERVENÇÕES MÉDICAS E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19	102
<i>Diego Alan Schöfer Albrecht e Andrey Luciano Bieger</i>	

O DIREITO HUMANO À SAÚDE E A TECNOLOGIA: a pandemia de Covid-19	118
<i>Guilherme Camargo Massau e Sthefany Vasconcellos da Silva Geyer</i>	
ÉTICA E DEONTOLOGIA PROFISSIONAL DOCENTE EM TEMPOS DE COVID-19: limitações e oportunidades	129
<i>José da Cruz Muluta</i>	
O ENSINO HÍBRIDO COMO UMA MEDIDA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR NA ÉPOCA DE ESTADO DE EMERGÊNCIA: caso da faculdade de direito da UCM	143
<i>Nelsone David Bechane Chapananga</i>	
SUSPENSÃO E CESSAÇÃO DA RELAÇÃO LABORAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, FACE AO PRINCÍPIO DE SEGURANÇA NO TRABALHO	173
<i>Clara José Macovela</i>	
VULNERABILIDADES NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM ANGOLA EM TEMPOS DE COVID-19	183
<i>Utukidi José Carlos</i>	
OS IMPACTOS DO CORONAVÍRUS AOS DIREITOS HUMANOS E À SAÚDE MENTAL	199
<i>Domingos Bombo Damião</i>	
Parte II: COVID-19 E DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES	209
DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE EMERGÊNCIA	210
<i>Sezinho Muachana;</i>	
LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE PRISIONAL: um alerta necessário em tempos de pandemia	220
<i>José Flávio Ferrari Roehrig e Patrick Cacicedo</i>	
COLONIALIDADE, PANDEMIA E CÁRCERE: alternativas à violação de Direitos Humanos	231
<i>Daniela Cristien Silveira Mairesse Coelho e Valmor Scott Jr</i>	

A PANDEMIA ESCANCARA O CÁRCERE: colonialismo penal, Direitos Humanos e cidadania no enfrentamento à COVID-19 nas prisões	246
<i>Otávio L.S. Couto, Dirceu Franco Ferreira, Samuel Tracol e Carolina Córdova</i>	
COVID-19 E DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES: dos danos sociais às experiências e atuações na proteção de direitos	262
<i>Bruno Rotta Almeida, Rafaela Peres Castanho e Rafaella Soares Fraga</i>	
OK GOOGLE: covid, prisões e as representações sociais no neoliberalismo	274
<i>Jackson Da Silva Leal e Alex Da Rosa</i>	
PANDEMIA E SIGILO: acesso à informação prisional no contexto Sul-Rio-Grandense do Brasil	292
<i>Luíz Antônio Bogo Chies</i>	
PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA: consequências e lutas em torno do direito de visita	323
<i>Bruna Hoisler Sallet, Bruno Rotta Almeida e Thais Bonato Gomes</i>	
O ENCARCERAMENTO JUVENIL NA ERA DA PANDEMIA: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano	325
<i>Érica Babini Lapa do Amaral Machado, Hugo Leonardo Rodrigues Santos e Marco Alexandre de Souza Serra.</i>	

PARTE I

ESTADO DE EMERGÊNCIA, CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19

MOÇAMBIQUE:

emergência do covid -19, estado
de exceção e tutela dos direitos e
liberdades fundamentais

Melquisedec Muapala

MOÇAMBIQUE: EMERGÊNCIA DO COVID -19, ESTADO DE EXCEÇÃO E TUTELA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

*Melquisedec Muapala¹
muapala@gmail.com*

INTRODUÇÃO

A doença do Covid-19 é caracterizada pelo seu desconhecimento nos primeiros dias do seu surgimento. Os primeiros casos de infecções pelo Coronavírus ocorreram na cidade de Wuham, na China. O desconhecimento da doença exigiu, por isso, que parte dos Estados desencadeassem uma verdadeira corrida contra o tempo à busca de soluções para a sua mitigação ou prevenção. Conforme a gravidade de propagação em cada Estado, a Pandemia obrigou inesperadamente, à instauração de Estado de Exceção. Isto é, à Suspensão ou Restrição de Direitos e Liberdades constitucionalmente protegidos.

Moçambique, através do Decreto Presidencial n.11/2020 de 30 de Março, optou pelo Regime de Estado de Emergência para introduzir as primeiras medidas restritivas das liberdades fundamentais para a contenção da propagação do Covid-19.

O processo de suspensão ou restrição dos direitos e liberdades obedece a princípios constitucionais para que não haja supressão ou grandes desequilíbrios entre os Direitos e Liberdades fundamentais consagrados na Constituição da República de Moçambique (CRM). O Art. 291^o da CRM determina que a “opção pelo Estado de Emergência, deve, em todo o caso, respeitar-se o Princípio da Proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto à extensão dos meios utilizados e quanto à duração, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”.

¹ Doutor em Direito, Professor auxiliar da Universidade Unirovuma.

Nesta linha, o presente ensaio intitulado “Moçambique: Emergência do Covid - 19, Estado de Exceção e Tutela dos Direitos e Liberdades fundamentais” tem como objectivo fundamental analisar a situação do Covid-19 e a consequente instauração do Estado de Exceção constitucional dos Direitos e Liberdades fundamentais como forma de prevenção e combate contra a Propagação do Covid-19 em Moçambique. De modo específico, o trabalho procura examinar a aplicação dos princípios de legitimidade e de equilíbrio da restrição de Liberdades à luz da Constituição moçambicana, em concreto, o Princípio de Proporcionalidade, previsto no Artigo 29º1 da Constituição da República de Moçambique.

Na actualidade, o tema afigura-se pertinente pelo facto de a Pandemia do Covid 19 constituir um dos grandes desafios globais que ameaçam a sobrevivência da raça humana e ser um factor de desestabilização do exercício de Direitos fundamentais e do desenvolvimento socioeconómico.

Para que o objectivo fosse alcançado, foi privilegiado, como Método de Recolha de Dados, o levantamento bibliográfico e a pesquisa documental. Neste último, tomou-se em consideração os decretos emanados pelo Governo em matéria de prevenção do Covid-19, os Planos, Relatórios e os Comunicados do Ministério da Saúde (MISAU). Foram recolhidos dados, a nível Mundial, de natureza jurídica e informativa produzidos, veiculados e actualizados a pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sobre o fenómeno do Covid-19.

Pela natureza do problema, foi privilegiado a abordagem Qualitativa através da descrição dos factos relacionados com o Covid-19 e correlação entre si e recurso ao Método Jurídico Interpretativo para o tratamento dos dados da pesquisa.

Em termos de organização e apresentação, o artigo está organizado em três partes: na primeira, apresentam-se dados sobre o Contexto da Emergência e estágio da Propagação do Covid19; na segunda, são apresentados os aspectos inerentes às medidas de Contenção da Pandemia em Moçambique e, por último, faz-se a Análise e Interpretação dos Dados relativos ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade e das Liberdades Fundamentais.

1. CONTEXTO DA EMERGÊNCIA DA COVID-19 EM MOÇAMBIQUE

No espaço de dias compreendido entre Março de 2020 a 29 de Março de 2021, Moçambique registou cerca 65.292 casos testados positivos do coronavírus, 3.124 doentes internados, 55.371 casos recuperados e 769 óbitos, de acordo com dados actualizados pelo Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE,2020).

Ainda de acordo com os mesmos dados, o primeiro caso positivo de COVID-19, registado em Moçambique, foi divulgado pelas Autoridades Sanitárias, no dia 22 de Março de 2020. Tratou-se de um caso importado da Europa por um moçambicano de sexo masculino, com Residência na cidade de Maputo. Depois desse registo, começaram a surgir casos de contaminação comunitária e Moçambique iniciou, a partir do mês de Abril de 2020, a implementar, como outros países, medidas restritivas do exercício de liberdades e a lidar com uma realidade do Covid-19 antes desconhecida. A partir de meados de Março de 2020, o Covid-19 propagou-se atingiu todos os continentes, com saturações nos serviços sanitários, tendo afectados milhares de casos na Europa, particularmente na Itália, França e Alemanha.

Como muitos outros países, Moçambique foi apanhado de surpresa e sem preparo suficiente em termos de Recursos Humanos e de Materiais para enfrentar a ameaça do novo Coronavírus. Essa realidade requereu do lado do governo grande capacidade de organização para conter a entrada no país de pessoas infectadas pelo Covid-19.

No início de Março de 2020, antes da notificação do primeiro caso moçambicano da doença, o Ministério da Saúde (MISAU), preparou um documento com o título “Plano Nacional de Preparação e Resposta à Pandemia do Covid-19”, que continha directrizes e conforme o Ministério da Saúde, este documento foi uma “compilação de Directivas e Normas de Conduta” do Regulamento de Saúde Internacional (2005) e de documentos sobre o Covid -19 da Organização Mundial da Saúde” (MISAU, 2020).

O Plano Nacional de Preparação e Resposta à Pandemia do Covid-19 tratou-se do primeiro documento bem estruturado que permitiu a organização e coordenação de intervenções ministerial ou institucional privadas a vários níveis para a contenção de contaminações externas e controlo da Propagação a nível nacional, de forma a evitar a saturação do sistema sanitário nacional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

No documento, parece evidente a grande preocupação pelo impacto da doença na sequência da grande mobilidade populacional nas zonas urbanas, baixa cobertura dos serviços sanitários, problemas de Higiene nas comunidades e pela fraca capacidade de resposta por parte das equipas locais para além da falta de meios financeiros e infraestruturais (MISAU, 2020).

Diante dos perigos de surto do COVID- 19, o Plano Nacional de Preparação e Resposta à Pandemia do Covid-19, seguindo as indicações dadas pela Organização Mundial da Saúde, particularmente o Regulamento Sanitário Internacional de 2005 (RSI 2005), contido na Resolução nº.32/2008 de 1 de Setembro, que aprova a Ratificação do RSI, introduziu as seguintes linhas Directivas de contenção do Covid-19: i) Vigilância Epidemiológica através do controlo activo nos pontos de entrada, da

identificação precoce dos casos, da notificação dos casos e de procedimentos de manuseio/assistência de paciente com o COVID 19; ii) Previsão de níveis de resposta com base Epidemiológica em fases epidémicas (pré-epidémica, epidémica, intra-epidémica e pós-epidémica) e ou três níveis de propagação (alerta, perigo iminente, emergência em Saúde Pública); iii) Definição de casos (suspeitos, prováveis, confirmados, sintomáticos e assintomáticos do Covid-19); iv) Previsão da criação de equipas e Comissões Técnicas e de Coordenação; v) Sistema de Preparação Laboratorial; vi) Previsão de medidas de Saúde Pública, particularmente no que se refere à Higiene, Equipamentos de Protecção contra o Covid -19 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

O Plano Nacional de Preparação e Resposta à Pandemia do Covid-19 é um documento de referência para todo o processo Organização, Gestão, Controlo e Contenção dos casos de Propagação do Covid-19.

2. DO CENÁRIO GERAL DA PANDEMIA DO COVID-19

O Covid-19 faz parte da família dos Síndromes Respiratórias aguda e grave. É uma Doença viral causada por um coronavírus a SARS-Cov-2. Foi descoberta pela primeira vez, em Dezembro de 2019, na cidade Huhan- China, pelo Chinês Li Wenliang, médico oftalmologista. Este alertou para a existência da doença, cujos sintomas se manifestam através da tosse seca, febre alta e dispneia e quadro clínico respiratório grave (MARQUES, TORRES, PIMENT).

A denominação popular Covid-19, forma abreviada de *Coronavirus Disease 2019*, foi usada oficialmente em Fevereiro de 2020, pela Organização Mundial da Saúde (WHO, 2020). Importa referir que o vírus (coronavírus) causador do Covid-19 foi inicialmente atribuído a designação, no ambiente médico científico, por *Novo Coronavirus 2019 (2019-nCoV)* e na base de indicação da International Committee on Taxonomy, em alusão à família das doenças virais respiratórias graves do SARS, passou a ser designado e conhecido pelo acrónimo de “SARS-CoV-2, abreviatura inglesa de Severe Acute Respiratory (WHO,2020).

O novo coronavírus foi atribuído o número 2 para ser distinguido da Sars-CoV-1, que vigorou de 2013 a meados de 2014 e afectou algumas cidades asiáticas e europeias, sem ter alcançado altas proporções de expansão e mortalidade.

Na sequência do alto nível infeccioso do SARS- Cov-2 (Covid-19) e letalidade que se registou na cidade de Wuhan, a Organização Mundial da Saúde declarou em Janeiro de 2020, conforme a classificação Regulamento Sanitário Internacional de 2005 (International Health Regulations–IHR, 2005), o Covid-19 como emergência de Saúde

Pública de relevância nacional (Public Health Emergency of International Concern-PHEIC) (WHO, 2005).

No mês de Janeiro de 2020, na base de informações da etiologia das autoridades chinesas sobre condições dos pacientes e tratamento do Covid-19, a Organização Mundial da Saúde recomendou a aplicação de medidas restritivas nas viagens para a China (WHO, 2020).

A China internamente conseguiu controlar a propagação do Covid-19, tomando medidas rígidas de quarentena generalizada, sobretudo para a cidade de Wuhan (WHO, 2020). As medidas de contenção da propagação do Covid-19 na China foram acompanhadas de severas sanções para os transgressores que incluíram entre outras, a limitação da Liberdade de Expressão, Liberdade de Reunião como a previsão da supressão do Direito à vida com a pena de morte (CUOCOLO, 2020).

Apesar das fortes medidas, não evitou que, a partir de meados do mês de Janeiro de 2020, fossem reportados casos de infecções do Covid-19 fora da China e em particular nos países vizinhos como o Japão, Coreia do Sul e Tailândia (WHO, 2020).

O nível de contaminação e de mortes acelerou o processo de tomada de medidas de aplicação de medidas de prevenção restritivas de contenção da doença com consequências imediatas, nos âmbitos político, económico e social (NEWS.UN.ORG,2020). Daí em diante, países vizinhos da China começaram a implementar medidas restritivas, impedindo a entrada de passageiros ou de cruzeiros provenientes da China ou de países com contaminações do COVID-19, ou impondo quarentenas e o uso obrigatório de máscara (ANAHP, 2020).

Menos drásticas foram as medidas tomadas por alguns países europeus e, particularmente, africanos que optaram pelo princípio de proporcionalidade, implementando restrição para determinados sujeitos ou zonas localizadas consideradas de risco. A França, por exemplo, optou pela submissão de quarentena, por nível de risco, a todos os cidadãos provenientes de países considerados de risco; a Alemanha implementou medidas de quarentena regional e a Itália optou pela quarentena de acordo com as áreas de maior incidência do Covid-19, para além da base regional. E na base de três critérios, a saber, níveis de contaminação, taxa de mortalidade e difusão de escala mundial, o Director Geral da Organização Mundial da Saúde, Tedros Ghebreyesus, definiu o Covid -19 como Pandemia, (CUCOLO,2020).

3. EPIDEMIAS DA SARS-COV E A PANDEMIA DO COVID-19

Em termos epidemiológicos, nas últimas duas décadas, o vírus Sars- coronavirus ameaçou causar pandemias, como foi o caso da Sars-Cov de 2003-2004, conhecido

também por Sars ou Sars-cov 1. O Sars-Cov foi registado pela primeira vez, em Fevereiro de 2003, na China e se expandiu, nesse período, por alguns países da Ásia Europa, não tendo, no entanto, nunca alcançou níveis de rápida propagação mundial como a que está sendo assistido com a Sars-covi 2 (Covid-19), pois limitou-se a nível de simples epidemia. (WHO, 2004). Na altura, a Organização Mundial da Saúde definiu a doença como epidemia e recomendou medidas restritivas nas deslocações para países considerados ainda endémicas pela Sars-covi 1(WHO 2003). Pode-se dizer que a Sars-cov- 1 foi um alerta aos sistemas sanitários da necessidade de tomar medidas sobre a possibilidade da ocorrência de novas epidemias ou pandemias ligadas a vírus do coronavírus.

O último país que teve registo de transmissão local foi Taiwan, tendo a 5 de Julho de 2003, a Organização Mundial da Saúde declarado o controlo da epidemia de Sars em todo o mundo (WHO, 2003).

Apesar de declarado controlo da Sars-Cov-1 pela Organização Mundial da Saúde em julho de 2003, Correia e Albuquerque indicam que a Sars-Cov-1 ameaçou reaparecer, em finais de 2003 e no início de de 2004, em quatro ocasiões, em Singapura, Taipe e Beijing e na província chinesa de Guangdong (CORREIA, ALBURQUERQUE). Dados confirmados oficialmente pela Organização Mundial da Saúde, no dia 13 de Janeiro de 2004, com base numa notificação do Ministério da saúde da China (WHO, 2004).

Quanto ao surgimento, tanto do Covid-19 como da Sars-Covi de 2003, os estudos apontam que as são causados pelas mutações de vírus resultantes da interação homem – animal nos mercados asiáticos, sublinhando-se assim o aspecto sócio – cultural como factor que deu origem a essas doenças (BENVENUTO,2020).

De acordo com NIGRONI (2020) a Pandemia da Sarvs-Cov-2 (COVI-19) é um fenómeno histórico-social e, como tal, deve ser enfrentado, não apenas como uma Emergência Sanitária, mas como uma combinação de vários factores. Diferentemente dos que defendem que a origem da doença do Covid-19 é de proveniência da acção humana (falhas laboratoriais ou como resultado social de comercialização de animais exóticos, hospedeiros do vírus), Nigrioni considera que a origem são efeitos políticos, sociais e económicos da globalização e da convivência das populações em grandes aglomerados.

Posicionamento similar ao de Nicroni é assumido por Marques e Denise, pois estes últimos consideram as pandemias têm um carácter histórico e social e, portanto, há a necessidade de o saber médico ser conjugado com o saber social para um eficaz conhecimento das etiologias e tutela da Saúde Pública (MARQUES R.D., SILVEIRA, PIMENTA).

Pode-se, portanto, concluir que nas abordagens sobre o cenário da Pandemia do Covid-19 exige-se uma visão equilibrada, que considere tanto os aspectos científicos da situação de Emergência Sanitária como uma abordagem social que releve os fenómenos sociais para uma tomada de medidas concretas do ponto vista social, económica e política para a contenção da propagação da doença.

4. COVID-19: DO ESTADO DE EMERGÊNCIA PARA O ESTADO DE EXCEÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em Janeiro de 2020, a propagação do vírus Sars-Cov-2, agente infeccioso causador da doença do COVID-19, como Situação de Emergência e apelou à tomada de medidas restritivas de Direitos e Liberdades a nível Internacional, para a contenção da propagação da doença (WHO 2003).

A Situação de Emergência legitimou os Estados a instaurarem nos respectivos Ordenamentos Jurídicos, o Estado de Exceção, isto é, a Limitação de Liberdades que, em situações de Normalidade, ferem os Princípios Constitucionais.

Ribeiro Gonçalo refere que, em termos jurídicos, a Restrição ou Supressão de Direitos e Liberdades constitucionalmente equivale à instauração do Estado de Exceção. Isto é, com a Restrição ou Supressão dos Direitos os governos suspendem Direitos e Liberdades fundamentais, o que em situações de Normalidade é intolerável a nível do Direito Constitucional (GONZALO,2020). O mesmo autor mais defende ainda que o Estado de Exceção implica uma suspensão parcial de liberdades fundamentais e não a suspensão da Ordem Jurídica na sua generalidade, pois todo o estado de exceção deve respeitar a separação de poderes e de equilíbrio de todos os direitos e liberdades tuteladas constitucionalmente (RIBEIRO, 2020). Portanto, através do Estado de Exceção são admitidas restrições, em princípio intoleráveis, das liberdades constitucionais e concede-se Poderes, em princípio intoleráveis, ao Executivo ou outro órgão para a decretação do Estado de Exceção (RIBEIRO 2020).

Em qualquer ordenamento democrático, a vigência do Estado de Exceção requer pressupostos constitucionalmente previstos pela mesma constituição. Em termos mais indicativos, Ribeiro aponta que, todo o Estado de Exceção requer a observância de: i) Princípio de Proporcionalidade entre a decisão de decretar o estado de exceção e as medidas autorizadas que vinculam o poder aos direitos fundamentais que em partes sacrifica; ii) Vigência do Princípio da Separação de Poderes e Colaboração; iii) Vigência Temporária Limitada das Medidas, iv) por último, limites que decorrem da proibição da suspensão de determinados direitos entre outros o da Vida, Capacidade Civil, Direito à Defesa do arguido e a Liberdade de Religião (RIBEIRO, 2020).

Nessa linha, a nossa Constituição determina, por exemplo, que “o Estado de Sítio ou de Emergência só pode ser declarado, no todo ou em parte do território, nos casos de Agressão Efectiva ou Eminente, de Grave Ameaça ou de Perturbação da Ordem Constitucional ou de Calamidade Pública” (CRM, 2004).

A grave situação provocada pelo Covid-19 impera equilíbrio entre Emergência e pronta Reação do Ordenamento Jurídico para tutelar o Direito à Saúde e a Manutenção dos Princípios Gerais de balanceamento e proporcionalidade entre os diferentes interesses em jogo no Ordenamento Jurídico, tendo em conta as circunstâncias e condições sócio económicas e políticas de cada Estado.

5. ESTADO DE EXCEÇÃO E PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE

Na reflexão sobre Princípio da Proporcionalidade e Estado de Direito e Estado Democrático de Direito, Chade Rezek Neto concebe o Princípio de Proporcionalidade como um princípio construtivo, fundamental, implícito e um pressuposto de reunião entre o Estado de Direito e a Democracia, e que tem função o hierarquizar as situações de conflito e buscar o equilíbrio e as soluções de forma prática, com a mínima desatenção dos demais (NETO,2004).

Por sua vez, Canotilho parte da visão segundo a qual, o Princípio de Proporcionalidade é um meio jurídico que garante que as normas restritivas em geral sejam necessárias, razoáveis e ou proporcionais em sentido restrito. Em outras palavras, o autor entende que, em termos práticos, a proporcionalidade “permite traçar a fronteira entre uma restrição permitida (e constitucional) e uma restrição excessiva (e inconstitucional) (CANOTILHO,2017).

O que há de se evidenciar, na visão de Canotilho, é que o princípio de proporcionalidade incorpora em si mesmo, os chamados subprincípios, a saber: i) de Necessidade, ii) Razoabilidade e iii) da Razoabilidade ou Proporcionalidade em sentido restrito, que fazem com que a proporcionalidade seja uma referência contínua nas decisões e na aplicação de medidas restritivas e de acordo com o autor, a razoabilidade ou a proporcionalidade em sentido restrito, está no âmbito comparativo entre vantagens e desvantagens da medida restritiva e sua aplicação nas suas diferentes subcategorias, depende do contexto específico e dos princípios constitucionais do Ordenamento Jurídico.

Entre os subprincípios de proporcionalidade, o da necessidade requer que qualquer medida/decisão deve ter em conta adequação dos meios. Isto é, deve recorrer a medidas estritamente necessárias para o alcance dos objectivos, optando, entre vários, pelos meios menos restritivos ou menos onerosos, desde que sejam eficazes para alcançar os objectivos (da SILVA).

A adequação, também denominada Idoneidade, Pertinência, Conformidade ou Aptidão, encontra seu foco na relação entre meio e fim, devendo a escolha recair no meio apropriado para tutelar o bem jurídico. A razoabilidade ou proporcionalidade em sentido restrito, trata-se do recurso ao Critério de Ponderação entre o direito ou liberdade sujeito a restrição e outro bem jurídico legitimante da restrição (CANOTILHO, 2017).

Conforme Canotilho (2017), a pergunta, sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido restrito, que se coloca é a seguinte: *“os meios utilizados são proporcionais aos fins que se pretendem alcançar?”*

6. ESTADO DE EXCEÇÃO COMO EXIGÊNCIA DE TUTELA DA SAÚDE DIANTE DO COVID 19.

O Estado de Exceção implementado nos vários Estados foi na sequência do COVID-19 e à tutela da saúde individual e colectiva. O cenário vivido em muitos países nos primeiros meses do surto da Pandemia do Covid 19, despertou o interesse sobre questões inerentes à tutela da saúde.

A OMS conceptua saúde, como sendo estado completo de bem-estar físico, mental e social. Considera que Saúde não é uma mera ausência de doença ou de uma enfermidade (WHO, 2019). A definição da OMS tem o mérito por considerar a Saúde na sua múltipla dimensão da vida humana. E sendo assim, considera-se que todo o Estado de Exceção que não tiver em conta as medidas suspensivas equilibradas, entre as várias liberdades, colocaria em risco também o Bem Jurídico pretendido, no caso concreto a Tutela da Saúde (TRINDADE, 2020).

A visão da OMS apesar de ser considerada genérica (JÚNIOR, 2020) por alguns é uma referência em tempo do COVID-19 quanto à tomada de medidas restritivas de liberdades e à Tutela da Saúde.

Bastinella, defende que diante a um problema de ordem sanitária é necessário intervir com medidas que tenham em conta determinismos de índole social, económica e chama a atenção sobre a necessidade de reconhecer o conceito de saúde como um conceito dinâmico e abrangente (BATISTELA).

A Constituição da República de Moçambique, embora não apresente um conceito do termo saúde, no Artigo 89º consagra a Saúde como Direito e Dever de todos os cidadãos, que se encontra englobado no Quadro dos Direitos Fundamentais, mais precisamente nos direitos sociais. Como Direito, obriga que as instituições do Estado respeitem, garantam e tutelem a todos o pleno gozo desse Direito (MASSARONGO).

Por isso, o Estado de Excepção no contexto moçambicano, vai ao encontro das exigências constitucionais de Protecção da Vida e em particular da Tutela da Saúde em face à propagação do Covid-19.

7. COVID-19: ESTADO DE EXCEPÇÃO EM MOÇAMBIQUE E TUTELA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

O Decreto Presidencial nº.11/2020, de 30 de Março de 2020, ratificado pela Assembleia da República, através da Lei nº 01 /2020 de 31 de Março, foi o primeiro documento que declarou em Moçambique o Estado de Excepção e introduziu Medidas Restritivas das Liberdades Fundamentais através do Estado de Emergência, por razões de Calamidade. (DECRETO PRESIDENCIAL, 2021).

A concretização e operacionalização da Lei nº 01/2020 de 31 de Março foi implementada através do Decreto do Conselho de Ministros nº 11/2020, de 2 de Abril, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da Pandemia COVID-19. O Decreto reconheceu desde o início tratar-se de medidas “urgentes, de excepção, necessárias e proporcionais para prevenir a propagação da Pandemia da Covid-19, salvaguardando a Vida Humana e a Saúde Pública” (CONSELHO DE MINISTRO, 2020). A excepcionalidade das medidas é reconhecida na introdução do Decreto que sublinha o aspecto da restrição de Direitos, Liberdades e Garantias e refere que só pode acontecer em decorrência de situações que a própria constituição determina.

Em termos exemplificativos, os Decretos Presidenciais e as Medidas de Execução Administrativas, conforme a avaliação de gravidade ou risco de propagação da doença da Covid-19, condicionaram as seguintes Liberdades Fundamentais:

7.1 Restrição da Liberdade Individual

A Quarentena é uma das Medidas Restritivas à Liberdade Individual que foi adoptada em quase todos os países, incluído Moçambique, com o objectivo de conter a propagação incontrolável do Covid-19.

A Circular nº.06/GMS/2020, de 20 de Março, do Ministério da Saúde, com o título, “Procedimento para Quarentena domiciliar para viajantes provenientes de países com alta transmissão do Coronavírus”, explica o significado e o sentido do Recurso à Quarentena em tempo de Epidemias e Pandemias (MISAU, 2020).

De acordo a Circular, a Quarentena e o Isolamento são “medidas que consistem no afastamento social essenciais em Saúde Pública” (MISAU, 2020). São especialmente utilizadas para evitar um mal, que possa resultar do contacto físico, e a Epidemia ou

Pandemia. Essas medidas são um meio para quebrar a cadeia de transmissão de doenças entre indivíduos (MISAU, 2020). A Quarentena é um meio de afastamento de uma pessoa supostamente saudável, mas possivelmente infectado devido ao facto de ter estado em contacto com um doente confirmado e considerado ainda contagioso. O Isolamento é uma medida utilizada para pessoa já confirmada como infectada e serve para evitar o contacto com pessoas ainda não infectadas e deste modo quebrar a cadeia de contaminação da doença, (MISAU, 2020). No que se refere à Quarentena, esta é distinta também na base das circunstâncias em que a pessoa se encontra: se viajante ou pessoa que esteve em contacto com pessoa infectada pela doença. Tanto a Circular, como os Decretos sucessivos, prevêem a observância das medidas num período de pelo menos 14 dias de Quarentena (DECRETO PRESIDENCIAL, 2020).

O Decreto do Conselho de Ministros n.º 12/2020 que aprovou as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da Pandemia COVID-19 a vigorarem durante o Estado de Emergência, apresentava no n.º.1, Artigo 3º a Medida Restritiva da Liberdade Individual, a Obrigatoriedade da Quarentena por 14 dias em Regime domiciliar em particular:

- a) Todas as pessoas provenientes do estrangeiro;
- b) as pessoas que tenham tido contacto direto com casos confirmados de COVID-19;
- c) Os cidadãos relativamente a quem as autoridades sanitárias competentes determinem situação de vigilância activa.

É importante notar que Moçambique, apesar de a pandemia, em certos momentos ter afetado mais uma determinada zona que outra, as autoridades procuraram sempre evitar impor quarentenas generalizadas e ponderou a situação da pandemia com a realidade sócio económica do país em geral.

7.2 Restrição da Liberdade de circulação

A Emergência do COVID-19 impôs que o Governo adoptasse igualmente medidas restritivas de circulação e a liberdade constitucionalmente reconhecida e amplamente tutelada pela constituição nos termos do número 2 do artigo 55 da Constituição da República de Moçambique.

As referidas aparecem igualmente no primeiro Decreto Presidencial n.º.11/2020 de Março e nos sucessivos dispositivos legais. O Artigo 4º, do Decreto do Conselho de Ministros, n.º. 12/2020, de 2 de Abril das medidas de execução administrativa, da Lei n.º 01/2020, preconiza:

- i) limitação de circulação interna de pessoas em qualquer parte do território nacional;
- ii) possibilidade de imposição de medidas de confinamento de pessoas em domicílio ou estabelecimento adequado, com objetivos preventivos;
- iii) limitação à entrada e à saída de pessoas, do território moçambicano, através do encerramento parcial das suas fronteiras

O Decreto do Conselho de Ministros nº 2/2021 de 04 de Fevereiro, que revê as medidas de contenção da propagação do Covid-19, durante a situação de Calamidade Pública, introduziu pela primeira vez, durante o Covid-19, no artigo 17, o Recolher Obrigatório nas cidades de Maputo e da Matola; nos distritos e Municípios de Boane e distrito de Marracuene, das 21 horas às 04 horas.

Apesar de as medidas deste último Decreto serem justificáveis e necessárias para contenção da onda de propagação da doença do Covid -19 na zona do grande Maputo, observou-se que o Decreto não teve em atenção `a realidade da Cidade e da Província de Maputo, particularmente não teve em consideração as dificuldades que as pessoas enfrentam em termos de transporte. Era expectável que as medidas restritivas estivessem ajustadas ou tivessem em tendo em conta os estudantes ou outras categorias abrangidas em horários pós-laborais.

7.3 Liberdade de Reunião e de Manifestação

A Constituição da República de Moçambique, no Artigo 51º, assegura a todos os cidadãos, o Direito à Liberdade de Reunião e de Expressão.

José Celso de Melo Filho sublinha a existência de quatro elementos que definem o conceito de reunião, a saber: i) O elemento subjectivo, constituído pelo carácter plural dos participantes; ii) O aspecto temporal na realização da reunião; iii) O aspecto espacial, ligado ao lugar que pode ser lugar público ou privado; iv) Elemento intencional que pressupõe a existência de um fim a ser alcançado pelos participantes e o aspecto formal (de MELO).

Da configuração dos elementos constitutivos da noção de reunião, compreende-se a razão pela qual a Liberdade de Reunião se entrelaça com outros Direitos como o de Manifestação Livre de Pensamento, de Associação e também a do Movimento (de MELO). A Liberdade de Reunião e sobretudo a de Associação, o texto constitucional no Artigo 52º já prevê limitações, quanto aos objectivos que devem estar em conformidade com a Constituição e com a Legislação específica.

Em Moçambique, o Covid-19 obrigou à introdução de limitações do Direito da Liberdade de Reunião e, analisando os vários dispositivos sobre a doença desde 2020, pode se observar um fio condutor que se ramifica em três linhas de restrição desse Direito.

A título de exemplo, no Decreto do Conselho de Ministros nº 7/2021, de 5 de Março de 2021, que revê as Medidas para a Contenção da Propagação da Pandemia do Covid-19, enquanto durar a situação de Calamidade Pública, pode-se identificar as três linhas acima mencionadas a saber:

- i) proibição de aglomerados* (restrições no funcionamento dos Serviços Públicos- Art. 20º; Cerimónias Fúnebres- Art. 19º; Restrições de Realização de Cultos; Conferência e outras iniciativas – Art. 18º, Interdição de Actividade Culturais e Recreativas – Art.16º);
- ii) previsão de medidas de distanciamento e proteção individual* (al, e, Art. 4º)
 - a) Uso de máscaras;
 - b) Lavagem frequente das mãos com água e sabão ou cinza;
 - c) Distanciamento interpessoal, mínimo de 2 metros;
 - d) Etiqueta da tosse;
 - e) Não partilha de utensílios de uso pessoal) e,
- iii) proibição de circulação* (Art.5º – Quarentena, Isolamento e Internamento; Art.17º Recolher Obrigatório) (CONSELHO DE MINISTRO, 2021).

Em relação à garantia do Direito à Liberdade e de Reunião como lugar de Expressão de Pensamentos, as novas tecnologias representaram um meio incontornável para a sua realização.

7.4 Outras liberdades: Liberdade de Religião e de Culto

Tanto no Decreto Presidencial nº.11/2020, de Março, (o primeiro) que decreta o Estado de Emergência, como nos decretos ministeriais subsequentes, os cultos religiosos são enquadrados no artigo inerente aos Eventos Públicos e Privados, em particular no âmbito das Actividades Culturarias, Recreativas, Desportivas, Políticas, Associativas, Turísticas (DECRETO PRESIDENCIAL, 2020). Esse tipo de actividades ou manifestações é que mais sofreu fortes restrições durante todo o período do Covid-19, por serem áreas que congregam maior aglomerado de pessoas e que propiciam de maior contacto físico.

A Liberdade de Religião e de Culto, nº1 do Artigo 54º da Constituição da República de Moçambique, garante aos cidadãos a liberdade de praticar ou de não

praticar uma religião e através da alínea d) do Artigo 3º do Decreto Presidencial nº 11/2020 de 30 de Março e sucessivos, foi proibida a realização de cerimónias religiosas e exceptuadas Cerimónias Fúnebres que foram condicionadas ao um número limitado de participantes e à Observância de Medidas do Distanciamento.

A proibição da realização de cerimónias religiosas e a introdução de medidas restritivas justifica-se pelo elevado nível de contactos entre as pessoas devido à natureza das cerimónias que geralmente requer práticas e rituais (liturgia comunicatárias ou a existência de um canto para louvor ou para partilha directa de objetos sagrados) que contrariam, por exemplo, o cumprimento e observância de normas de prevenção contra a pandemia da Covid-19. Com as restrições da realização de cerimónias religiosas, o Direito ao Culto passou a ser exercido de forma individual ou com recurso às plataformas digitais.

No entanto, por ocasião das grandes festividades religiosas, o governo garantiu que a Liberdade de Culto fosse efectuada de forma individual mediante ao recurso do instrumento da concessão de tolerâncias de pontos (NOTÍCIAS, MM.CO.MZ, 2021).

Relativamente ao Direito às Liberdades Económicas, Sociais e Culturais, as medidas implementadas nas áreas de Educação e Trabalho tiveram um forte impacto pois consistiram na “Suspensão de Aulas em todas as Escolas Públicas e Privadas, desde o Ensino Pré-Escolar ao Ensino Universitário”. (DECRETO PRESIDENCIAL).

As Medidas Administrativas de Execução procuraram sempre um equilíbrio entre a Suspensão de Aulas, em Regime Presencial, e o recurso à realização de aulas em Regime de Ensino à Distância ou em Regime Semi-Presencial. Em observância à medida de restrição era necessário limitar o número de estudantes (e do docente) às lotações definidas pelos Decretos Leis. Era obrigatório, também, o cumprimento de medidas de protecção individual (Lavagem das mãos), dos espaços colectivos (desinfecção das salas) e Distanciamento entre pessoas (CONSELHO DE MINISTROS, 2021).

Portanto, todas as restrições acima mencionadas reflectem de alguma forma, as medidas tomadas pelo Governo de Moçambique que, afectaram directa ou indirectamente a restrição de Liberdades Fundamentais cuja legitimidade e justificação está na Tutela da Saúde Individual e Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No artigo foram abordadas questões inerente à emergência e prevalência do Covid.19 em Moçambique e suas implicações a nível dos princípios constitucionais. Analisa-se a implantação do Estado de Excepção, isto é, a Restrição ou Suspensão de

Direitos e Liberdades Fundamentais, constitucionalmente tutelados, no Ordenamento Jurídico moçambicano.

Em particular, procurou-se analisar e compreender ao longo da apresentação a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, tendo em conta que este princípio engloba em si alguns subprincípios, entre outros o da Necessidade, Adequação, Critérios que fazem com que qualquer medida, em qualquer circunstância, não sacrifique de forma desnecessária e desproporcional outros Direitos ou Liberdades igualmente constitucionalmente tutelados.

O Princípio de Proporcionalidade e o gradualismo da sua implementação foi uma referência e tem vindo a suscitar debate desde a entrada em vigor do Decreto Presidencial nº. 11/ 2020 de 31 de Março, a Lei nº.1/2020 de 2 de Abril e os sucessivos Dispositivos Legais sobre o Covid-19. Isto porque, pela natureza e formas de propagação comunitária do Covid -19, a restrição e ou suspensão de certos Direitos ou Liberdades são mais suscetíveis de serem restringidos que outros. Não obstante, anote-se, as Inovações Tecnológicas contribuíram e proporcionaram, em parte, o gozo dos Direitos e Liberdades Fundamentais que, de outra maneira, seriam impossíveis de serem tuteladas de forma efectiva.

Através da implementação do Princípio de Proporcionalidade e gradualismo, Moçambique foi capaz de implementar medidas que tiveram em conta a realidade Económica e Social das populações que de outra maneira teriam criado um colapso social num país que conta com pouco corpo médico especializado, recursos financeiros escassos e infraestruturas sanitárias insuficientes a nível nacional.

O artigo permite concluir que a limitação dos Direitos Fundamentais à tutela da Saúde, em situações de Emergência Sanitária, e particularmente no âmbito do Covid 19, é justificada pela necessidade da procura de um ponto de equilíbrio, entre valores constitucionais e o princípio da proporcionalidade em relação simbiótica com outros valores de Justiça e Equidade. Em outras palavras, procura-se o Equilíbrio entre a Tutela de um Direito como o da Saúde e os outros Direitos e Liberdades, que são exigências própria da constituição, de modo a responder às ameaças de uma doença como o da Covid-19, Moçambique. Isso que significa que a implementação rigorosa das medidas, não deve deixar de lado as indicações do Artigo 291º da CRM que preceitua: “O Princípio da Proporcionalidade e deve limitar-se, quanto à extensão dos meios utilizados e quanto à duração, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”.

REFERÊNCIAS

ALAN B. B. **Estado de exceção e emergência sanitária**: Giorgio Agamben sobre a pandemia por coronavírus. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica/article/view/5906/pdf>. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

BASTISTELLA Carlos. **Abordagem contemporânea da Saúde Pública**. Disponível em: http://dihs.ensp.fiocruz.br/documentos_dihsadmin/Batistella,_Carlos__Abordagens_Contempor%C3%A2neas_do_Conceito_de_Sa%C3%BAde.pdf. Acesso em: 06 de abril de 2020.

CONSELHO DE MINISTROS. **Decreto nº 11/2020 de 2 de Abril**. Aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID_19, a vigorar durante o Estado de Emergência, BR n.64, Série I.

_____. **Decreto nº 79/2020 de 4 de Setembro**. Declara a Situação de Calamidade Pública e Activa o Alerta Vermelho. BR n.171 I Série, Maputo.

_____. **Decreto n.º 2/2021 de 4 de Fevereiro**: Revê as medidas para a contenção da propagação da pandemia da COVID-19, enquanto durar a Situação de Calamidade Pública, aprovadas pelo Decreto n.º 13/2021, de 3 de Janeiro, BR n.43, I Série, Maputo.

_____. **Decreto n.º 7/2021 de 5 de Março**: Revê as medidas para a contenção da propagação da pandemia da COVID-19, enquanto durar a Situação de Calamidade Pública, aprovadas pelo Decreto n.º 2/2021, de 4 de Fevereiro, BR n.44, I Série, Maputo.

CORREIA V. e Alburquerque S. **Severe Acute Respiratory Syndrome, SARS, a primeira doença grave transmissível do Sec. XXI**. Disponível em: <http://home.uevora.pt/~sinogas/TRABALHOS/2004/SARS.pdf>. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

CUOCOLO, Lourenzo. **I diritti costituzionali di fronte all'emergenza COVID-19, una propestiva comparada, Osservatorio d'Emergenza COVID-19**. Attualizato al 31 Marzo del 2020, Università degli Studi di Genova, 2020.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

DEL GIUDICE F. **La Costituzione Esplicata, La carta fondamentale della Repubblica spiegata Articolo per articolo**, III Edizioni, Edizioni Giuridiche Simone, Murate, Napoles, 2001, p.17.

DE MIRANDA, Luis Salvador Sá Júnior. **Desconstruindo a definição de saúde**. Disponível em: <http://unesav.com.br/ckfinder/userfiles/files/Conceito%20de%20SaUde%20OMS.pdf>. Acesso em: 03 de Abril 2021.

MARQUES, R. C. et alt., Pimenta. **A pandemia de covid-19: interseções e desafios para a história da saúde e do tempo presente**. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19_intersecoes-e-desafios-para-a-historia-da-saude-e-do-tempo-presente.pdf. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Comunicado Diário de actualização de casos de coronavírus**, Maputo, março de 2020. Disponível em: [https://www.misau.gov.mz/attachments/article/100/Comunicado%20de%20Actualiza%C3%A7%C3%A3o%20Di%C3%A1ria%20sobre%20o%20Coronaviru%20\(1%20caso%20confirmado\).pdf](https://www.misau.gov.mz/attachments/article/100/Comunicado%20de%20Actualiza%C3%A7%C3%A3o%20Di%C3%A1ria%20sobre%20o%20Coronaviru%20(1%20caso%20confirmado).pdf). Acesso em: 14 de Abril de 2021.

_____. **Coronavirus (COVID-19), Boletim Diário n.377**. Atualização de 29 de Março de 2021. Disponível em: <https://www.misau.gov.mz/index.php/covid-19-boletins-diarios?download=909:boletim-diario-covid-19-n-377&start=10>. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

_____. **Plano Nacional de Preparação e Resposta à Pandemia do Covid-19**. Maputo, 2020.

_____. **Circular n. 06/GMS/2020, de 20 de Março.** Procedimento para quarentena domiciliar para viajantes provenientes de países com alta transmissão do coronavírus, Maputo, 2020.

MASSARONGO, O. J. **O Direito à Saúde como um direito humano em Moçambique.** Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/348/434/1185>. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

NEGRONI A. Attilio. **Libertà e covid-19. Riflessioni giusfilosofiche.** Disponível em: https://www.rivistaianus.it/forum/covid-19/2020_10_30_Negrone.pdf. Acesso em: 3 de Abril de 2021.

NETO Chade Rezek. **O Princípio da proporcionalidade no Estado de Direito Democrático de Direito.** São Paulo: Ed. Lemos & Cruz, 2004.

RIBEIRO G. de Almeida, **O Estado de Excepção constitucional,** Disponível em: <https://fd.lisboa.ucp.pt/node/13056>. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

TRINADDE Nísia et al. **A pandemia de Covid-19: Uma crise sanitária e humanitária.** Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1116/a-pandemia-de-covid-19-uma-crise-sanitaria-e-humanitaria>. Acesso em: 05 de Abril de 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – WHO. **International Health Regulations (2005) Third Edition.** Disponível em:

<https://www.who.int/publications/i/item/9789241580496>. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

_____. **New case of laboratory-confirmed SARS in Guangdong, China - update 5.** Disponível em: https://www.who.int/csr/don/2004_01_31/en/. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

_____. **Novel Coronavirus (2019-nCoV) Situation Report – 22.** Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200211-sitrep-22-ncov.pdf?sfvrsn=fb6d49b1_2. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

_____. **Novel Coronavirus (2019-nCoV) SITUATION REPORT - 22 JANUARY 2020.** Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200122-sitrep-2-2019-ncov.pdf?sfvrsn=4d5bcba_2. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

_____. **Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19),** Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>. Acesso em: 06 de Abril de 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, **Decreto Presidencial n. 11/ 2020,** Declara o Estado de Emergência, por razões de calamidade pública, em todo o território nacional. Boletim da República, 30 de Março de 2020, Maputo, 2020.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique,** conforme a Lei n.1/2018, de 12 de Junho. Revisão pontual da Constituição da República de Moçambique, BR, I série, n. 115, Maputo, 2018.

**O CONTROLO DA
CONSTITUCIONALIDADE
DOS ACTOS NORMATIVOS
DE EXCEPÇÃO
RESTRITIVOS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA
ORDEM JURÍDICA
MOÇAMBICANA**

Zacarias Filipe Zinocacassa

O CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ACTOS NORMATIVOS DE EXCEPÇÃO RESTRITIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA

Zacarias Filipe Zinocacassa¹

INTRODUÇÃO

O Mundo vive actualmente assolado pelo coronavírus, responsável pela Pandemia da COVID-19. Esta doença causou infecções em várias pessoas no Mundo e, em particular, em Moçambique. O Estado moçambicano, tendo em conta a Taxa de Morbi-mortalidade e o Impacto Social e Económico negativo provocado pela Pandemia da COVID-19, declarou o Estado de Emergência por razões de Calamidade Pública em todo o Território Nacional, em Abril de 2020.

De acordo com a Constituição moçambicana "A Declaração do Estado de Excepção-quer seja estado de sítio, Estado de Guerra ou Estado de Emergência- implica a emanção de actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais". (CRM) e, ainda de acordo com a legislação, os actos normativos de decretação e execução do Estado de Excepção são passíveis de controlo de natureza jurisdicional.

Neste contexto, questiona-se o seguinte: *quais são os parâmetros jurídico-constitucionais de controlo da constitucionalidade dos actos normativos de excepção, restritivos de direitos fundamentais?*

Para responder à questão, neste artigo são abordados aspectos ligados à Restrição dos Direitos Fundamentais no Estado de Excepção e ao Processo de Controlo dos Actos Normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais, assim como de alguns vícios de inconstitucionalidade.

Quanto à abordagem do problema, a pesquisa é qualitativa. A abordagem "*...qualitativa implica uma série de leituras sobre o assunto pesquisado, (...), ou seja, é preciso*

¹ Professor Auxiliar da Universidade Católica de Moçambique – Faculdade de Direito; Doutor em Direito Público; Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável, Licenciado e Bacharel em Direito. E-mail: zzinocacassa@ucm.ac.mz / zinocacassa@gmail.com.

descrever ou relatar minuciosamente o que os diferentes autores ou especialistas escrevem sobre o assunto, e a partir daí, estabelecer uma série de correlações, para ao final, o pesquisador construir o seu ponto de vista conclusivo” (BICUDO, 2011, p. 15-27 e OLIVEIRA, 2002, p. 61). Ao optarmos por este tipo de abordagem foi possível fazer-se a descrição minuciosa e a análise bibliográfica e documental de obras de diferentes autores ou de especialistas, dos Documentos Legislativos de *controlo da constitucionalidade dos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais*. De seguida fez-se a Análise e a Interpretação Hermenêutica de Normas Jurídica e Constitucionais e dos dados da pesquisa, o que permitiu a construção da Teoria, através do método dedutivo, que serve de conclusão.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA

1.1. Restrição aos Direitos Fundamentais em virtude de Declaração do Estado de Excepção.

O Estado de Excepção, em Direito Constitucional, compreende três figuras, desde logo: o *Estado de Sítio*, o *Estado de Emergência* e o *Estado de Guerra* (Cfr. Artigo 72º nº1 conjugado com 290º ambos da CRM, actualizada pela Lei nº 1/2018, de 12 de Junho).

(i) os limites constitucionais explícitos aos direitos fundamentais e

(ii) os limites legais previstos na Constituição – a restrição dos direitos fundamentais.

Por limites constitucionais explícitos aos direitos fundamentais traduzem-se, hipoteticamente, nas situações em que o Legislador Ordinário constitucional estabelece logo `a partida seus limites, em vez de deferir a Tarefa à lei. A Constituição moçambicana (actualizada pela Lei nº 1/2018 de 12, de Junho), determina alguns casos de limites constitucionais explícitos aos direitos fundamentais, desde logo:

A declaração do Estado de Excepção – seja o Estado de Sítio, seja o Estado de Emergência- “em nenhum caso pode limitar ou suspender os direitos `a vida, a integridade pessoal, a capacidade civil e a cidadania, a não retroactividade da Lei Penal, o Direito da Defesa dos arguidos e a Liberdade de Religião” (Cfr. Artigo 294º da CRM, actualizada pela Lei nº 1/2018, de 12 de Junho)

Em relação aos limites legais à restrição aos direitos fundamentais previstos na constituição moçambicana, importa realçar o **princípio da restrição legal constitucionalmente autorizada** para cada direito fundamental que se pretenda comprimir. Com efeito, “*a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos*

casos expressamente previstos na Constituição” (Cfr. Artigo 56º, nº3 da CRM, actualizada pela Lei nº 1/2018 de 12 de Junho). Assim, *“sempre que se verifique a suspensão ou limitação de liberdades ou garantias, elas têm um carácter Geral e Abstracto e devem especificar a duração e a base legal em que assenta* (Cfr. Artigo 72º, nº2 da CRM, actualizada pela Lei nº 1/2018, de 12 de Junho).

Note-se que existem outros vários preceitos constitucionais que autorizam o legislador ordinário a efectuar a restrição para cada direito fundamental que se pretenda comprimir, desde logo, a título exemplificativo:

(1) *cabe ao legislador ordinário estabelecer por lei o prazo e as condições da prisão preventiva (restrição da liberdade física - Cfr. Artigo 64º, nº1 da CRM, actualizada pela Lei nº 1/2018, de 12 de Junho);*

(2) *cabe ao legislador ordinário fixar por lei os termos para quebrar a inviolabilidade do domicílio e da correspondência (Cfr. Artigo 68º, nº1 e 2 da CRM, actualizada pela Lei nº 1/2018, de 12 de Junho),*

(3) *cabe ao legislador ordinário fixar por lei os limites ao exercício da greve nos serviços e actividades essenciais (Cfr. Artigo 87º nº2 da CRM, actualizada pela Lei nº1/2018, de 12 de Junho), etc.*

1.2 O Controlo da Constitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

Os actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais em estado de excepção estão sujeitos ao controlo jurisdicional. Com efeito, *“a protecção dos direitos e liberdades fundamentais é, hoje, na sua larga maioria, uma protecção de nível jurisdicional, levada a cabo pelos tribunais e pelo poder jurisdicional”* (QUEIROZ, 2009, p. 388). O Direito Constitucional moçambicano admite a efectivação do controlo de natureza jurisdicional dos actos normativos restritivos de direitos fundamentais *“pelo poder judicial a quem compete verificar a constitucionalidade dos atos de decretação e de execução do estado de excepção que tenham natureza normativa”* (GOUVEIA, 2015, p. 651)

A Doutrina Constitucional atribui ao Decreto Presidencial do Estado de Excepção um carácter normativo, tendo em conta os seus efeitos, estando sujeito à apreciação e Declaração da sua inconstitucionalidade pelo Conselho Constitucional. *“pois em qualquer uma das vertentes do respectivo conteúdo – a suspensão dos direitos, liberdades e garantias e a da concessão de Competência Extraordinária às autoridades para agirem – se verifica a suspensão ou a modificação de normas constitucionais e legais, consequência que só se pode realizar por via normativa”* (GOUVEIA, 1998, p. 1209).

O âmbito dos Actos Normativos Restritivos de Direitos Fundamentais deve ser estendido até à Lei da Assembleia da República, que ratifica o Decreto Presidencial do Estado de Excepção, incluindo os Actos de Execução que tenham Natureza Normativa.

Segundo o complexo sistema moçambicano de Fiscalização da Constitucionalidade² (Cfr. os Artigos 213º, 244º, 245º e 246º todos da CRM), existem três formas de fiscalização: (1) *a Fiscalização Abstracta Sucessiva da Constitucionalidade*; (2) *a Fiscalização Abstracta Preventiva da Constitucionalidade*, ambas exclusivamente a cargo do Conselho Constitucional e (3) *a Fiscalização Concreta Sucessiva da Constitucionalidade*, a cargo de qualquer Tribunal. Analisemos a aplicabilidade de cada uma das formas de fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais em estado de excepção.

1.2.1 Fiscalização Abstracta da Constitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

A Fiscalização Abstracta e Concentrada, pode ser realizada antes dos Diplomas Legais entrarem em vigor (**Fiscalização Preventiva** – Cfr. Artigo 245º da CRM conjugado com o Artigo nº 54º, da Lei nº 6/2006 de 2 de Agosto) ou após as normas jurídicas tornarem-se plenamente válidas e eficazes (**Fiscalização Sucessiva** – Cfr. Artigo 244º, da CRM conjugado com o Artigo 40º, da Lei nº 6/2006 de 2 de Agosto). A Constituição da República de Moçambique, actualizada pela Lei nº1/2018, de 12 de Junho, consagrou a Fiscalização Abstracta e Concentrada e de Normas não faz a apreciação da constitucionalidade como uma questão incidental a ser superada para que seja possível o proferimento de uma decisão no feito submetido ao julgamento. Mas sim toma a constitucionalidade como objecto principal do processo.

Nesta hipótese, o processo constitucional é dirigido à fiscalização para que este se debruce acerca da constitucionalidade formal ou material de determinada norma jurídica em tese. Dessa apreciação deverá resultar uma decisão com força geral e obrigatória que vinculará não apenas os órgãos do Poder Judiciário, como também os órgãos dos outros poderes constituídos (Cfr. Artigo 66º, da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto).

1.2.1.1 A Fiscalização Abstracta Preventiva da Constitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

² Trata-se de um sistema misto, no qual se identificam simultaneamente características e mecanismos próprios do sistema austríaco de fiscalização da constitucionalidade arquitectado por Hans Kelsen e da *judicial review* desenvolvida no Direito norte-americano

A Fiscalização Abstracta Preventiva da Constitucionalidade dos Actos Normativos é desencadeada pelos detentores do poder funcional de iniciativa, no prazo determinado no texto constitucional, com objectivo de dificultar ou impedir que uma norma inconstitucional entre em vigor. Ou seja, ela é levada a efeito antes da Promulgação da Lei pelo Presidente da República e antes, portanto, desta produzir qualquer efeito jurídico. O Presidente da República poder requerer ao Conselho Constitucional, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da recepção do diploma para promulgação a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para a Promulgação (Cfr. Artigo 245º nº1 e 2, e Artigo 162º ambos da CRM, conjugado com o Artigo 54º nº2, da Lei 6/2006 de 2 de Agosto). Não se verifica uma sujeição automática dos actos normativos à apreciação da sua constitucionalidade pelo Conselho Constitucional e, por isso, *nos casos constitucionalmente admissíveis*, antes da Promulgação da Lei, o Presidente da República, pode solicitar a Fiscalização Preventiva da sua Constitucionalidade e, em casos de anuência, o Presidente do Conselho Constitucional notifica o órgão que tiver exarado a norma impugnada para, querendo, se pronunciar no prazo de 5 (cinco) dias (Cfr. Artigo 56º da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto).

Nos casos em que o Conselho Constitucional se pronuncia pela inconstitucionalidade do Diploma, o Presidente da República deve vetar o Diploma e devolvê-lo à Assembleia da República (Cfr. Artigo 54º, nº 4, da Lei nº6/2006 de 2 de Agosto, conjugado com o Artigo 245º da CRM). Em sede da Assembleia, pode, todavia, a norma julgada inconstitucional ser confirmada por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que a percentagem seja Superior à Maioria Absoluta dos Deputados em efectividade de funções, superando-se, de tal modo, a Declaração de Inconstitucionalidade (Cfr. Artigo 54º nº5, da Lei 6/2006, de 2 de Agosto, conjugado com o Artigo 162º, nº4 da CRM).

1.2.1.2 A Fiscalização Abstracta Sucessiva da Constitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

O desencadear do processo de Fiscalização Abstracta e Concentrada dá-se exclusivamente na perspectiva do interesse público e objectivo, razão pela qual a Fiscalização Abstracta está vinculada a um Poder Funcional de Iniciativa atribuído a determinados órgãos ou a fracções de titulares de órgãos do poder político. Neste sentido, estes órgãos ou titulares podem solicitar ao Conselho Constitucional a Declaração de Inconstitucionalidade das Leis ou de da Ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado restritivos de direitos fundamentais. Somente os órgãos que gozam de tal poder funcional de iniciativa podem requerer ao Conselho Constitucional a apreciação da Constitucionalidade ou Legalidade de actos

normativos, nomeadamente: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral da República; o Provedor de Justiça, dois mil cidadãos (Cfr. artigo 244º, n.º2, da CRM conjugado com o Artigo 6º, n.º2, da Lei 6/2006 de 2 de Agosto).

É ônus daquele que desencadeia a Fiscalização da Constitucionalidade especificar as normas que pretende que sejam analisadas, bem como apontar quais Normas Constitucionais entende serem violadas pelos Actos Normativos Restritivos de Direitos Fundamentais (Cfr. Artigo 48º n.º1, da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto). O Conselho Constitucional, contudo, não está adstrito a esta última parte, isto é, não se limita em confrontar a norma tida como inconstitucional apenas com a norma parâmetro indicada, podendo fundamentar a sua decisão em normas constitucionais diversas da invocada (Cfr. Artigo 52, da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto, atento às alterações dadas pela Lei nº 5/2008, de 9 de Julho). Da mesma sorte, é possível que, a partir da decisão de inconstitucionalidade de uma dada norma restritiva de direitos fundamentais, outras normas infraconstitucionais nela implícita ou contida se revelem inconstitucionais. Nestas hipóteses, portanto, o Conselho Constitucional, em sede de Fiscalização Abstracta Sucessiva, deve conhecer das inconstitucionalidades consequentes, mesmo que não sejam objecto do pedido.

A Fiscalização Abstracta Sucessiva não tem prazos previamente estipulados como os tem a Fiscalização Preventiva, podendo a submissão do pedido ser feita a qualquer tempo (Cfr. Artigo 62º da Lei nº 6/2006 de 2 de Agosto). Admitido o pedido, o Presidente do Conselho Constitucional notifica o Órgão do qual a Norma Impugnada tiver sido emanada para, querendo, se pronunciar no prazo de 20 (vinte) dias (Cfr. Artigo 51º da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto, atento às alterações dadas pela Lei nº 5/2008, de 9 de Julho). Neste processo, não é admitida a Desistência do Pedido e, não se suspende a Aplicação, Vigência ou Eficácia das normas impugnadas (Cfr. Artigo 50º da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto).

Da decisão definitiva acerca da inconstitucionalidade originária ou ilegalidade originária da norma, em regra, resultam efeitos *ex tunc*, isto é, a regra é a retroactividade da decisão exarada pelo Conselho Constitucional à data de entrada em vigor do Acto Normativo Restritivo de Direitos Fundamentais declarado inconstitucional ou ilegal inclusive, produzindo efeitos repristinatórios sobre as normas que eventualmente hajam sido revogadas pela norma declarada inconstitucional ou ilegal (Cfr. Artigo 61º, n.º1, da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto). Quando se trate de Inconstitucionalidade ou Ilegalidade por Infracção de Norma Constitucional ou da Lei posterior (Inconstitucionalidade ou Ilegalidade Superveniente), a Retroactividade alcança somente o momento de entrada em vigor

do Parâmetro e não da Norma tida como inconstitucional ou ilegal, sem produzir efeitos repristinatórios (Cfr. Artigo 66 n°2 da Lei 6/2006 de 2 de Agosto). Como limite à Retroactividade, contudo, ficam ressalvados, em princípio, os casos julgados, salvo decisão em contrário do Conselho Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar e for de conteúdo menos favorável ao arguido (Cfr. Artigo 66º n°3 da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto).

Há, porém, possibilidade, em circunstâncias relevantes, de manipulação dos efeitos da decisão do Conselho Constitucional acerca da Inconstitucionalidade ou da Ilegalidade dentro **dos parâmetros postos pelo princípio da proporcionalidade** em seu tríplice vertente: **necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito** (Cfr. Artigo 66º, n°4, da Lei nº 6/2006 de 2 de Agosto). Nesse sentido, o Conselho Constitucional pode, por razões de segurança, equidade ou interesse público, restringir ou eliminar os efeitos retroactivos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvaguardando situações jurídicas produzidas tidas como relevantes. É possível também que o Conselho Constitucional recorra a limitações temporais, apenas quanto a certos efeitos produzidos pela norma, deixando que outros retroajam. Do mesmo modo, quando se trate de inconstitucionalidade e ilegalidade originária, pode ser obstado a repristinação da norma anterior. Alguns doutrinários como JORGE MIRANDA identifica, contudo, *limites absolutos à limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, por virtude de princípios fundamentais*. Com efeito,

“a) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos de declaração de norma violadora de direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio; b) Não pode o Tribunal Constitucional fazer acepção de pessoas ou de situações objectivamente não fundadas, porque tal infringiria o princípio da igualdade; c) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos da declaração de norma constante de lei do Estado ou de convenção internacional em razão do território, porque tal agrediria a estrutura unitária do Estado e, de novo, o princípio da igualdade; d) Não pode o Tribunal Constitucional diferir para o futuro a produção de efeitos porque tal brigaria com o próprio princípio da constitucionalidade; e) Não pode haver limitação de efeitos de inconstitucionalidade quanto a actos normativos juridicamente inexistentes. (MIRANDA, 2005, p. 290).

1.2.2 A Fiscalização Concreta ou Difusa (Sucessiva) da Constitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais.

A Constituição da República de Moçambique (actualizada pela Lei n° 1/2018, de 12 de Junho) consagra a Fiscalização Difusa, Concreta e Incidental dos Actos Normativos, que será sempre, por sua própria essência, sucessiva, abrangendo não só a constitucionalidade, mas também a legalidade de qualquer norma (Cfr. Artigo 246º n°1 alíneas a), b) da CRM, conjugado com o artigo 67º alínea a) da Lei n° 6/2006, de 2 de Agosto). Assim, é atribuída a todos juízes dos Tribunais, ao Procurador-Geral da República ou ao Ministério Público, em geral, a competência para fiscalizar a constitucionalidade das Normas Restritivas de Direitos Fundamentais, de modo incidental, diante do caso concreto, quer por impugnação das partes, quer por iniciativa *ex officio* do julgador ou do Ministério Público. Com efeito,

“é a fiscalização sucessiva concreta aquela que se encontra mais apta para responder a defesa dos cidadãos perante actos de excepção inconstitucionais, mas a imediatividade da produção dos respectivos efeitos pode tornar muitas vezes inútil o recurso de inconstitucionalidade. É de ponderar, neste contexto, a aplicação de uma providência cautelar não especificada de suspensão de aplicação concreta do acto de excepção, a qual estando prevista no direito processual civil, não se vê como possa ser excluída desta legítima finalidade processual. Por outro lado, se a inconstitucionalidade constar de norma inserta nos actos de excepção – de declaração ou de execução- igualmente se afigura concebível que o eventual recurso por parte do Ministério Público seja obrigatório no caso do tribunal *a quo* haver recusado a sua aplicação” (GOUVEIA, 1998, p. 1215).

Parece-nos também resultar do Artigo 246º n°1 alíneas a), b) da Constituição da República de Moçambique que as decisões que apliquem Normas Restritivas de Direitos Fundamentais anteriormente julgadas inconstitucionais ou ilegais pelo Conselho Constitucional, num caso concreto, não são susceptíveis de Recurso, excepto quando a Inconstitucionalidade da norma tenha sido declarada em sede da Fiscalização Abstracta solicitada pelo Procurador Geral da República ou pelo Ministério Público. O que fundamenta a recorribilidade de tais decisões é o postulado da supremacia do Conselho Constitucional. O Conselho Constitucional é o órgão especificamente legitimado para exercer a guarda da Constituição em última instância. Se a primeira palavra acerca da inconstitucionalidade de determinada norma cabe a qualquer julgador nos termos do Artigo 213º da CRM, a última pertence exclusivamente ao Conselho Constitucional.

É importante salientar que o Recurso ao Conselho Constitucional é de carácter oficioso e imediato, ou seja, proferida a decisão judicial que recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, o Juiz da causa

remete oficiosamente os Autos, de imediato, ao Conselho Constitucional, com efeitos suspensivos (Cfr. Artigo 68º da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto). A Decisão proferida no Recurso, entretanto, não substitui a Decisão recorrida. Dado provimento ao Recurso, ainda que parcialmente, os Autos retornam ao julgador *a quo*, a fim de que este reforme a decisão em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade (Cfr. Artigo 73º alínea a) da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto). A Decisão que resulta do processo de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade suscitada (Cfr. Artigo 73º alínea c) da Lei 6/2006, de 2 de Agosto). Note-se que o Conselho Constitucional nos parece também estar inserido no âmbito do disposto do Artigo 213º da CRM, podendo conhecer incidentalmente da inconstitucionalidade dos Actos Normativos Restritivos de Direitos Fundamentais nos processos em que exerça as suas Competências Jurisdicionais.

1.3 Os Vícios de Inconstitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica moçambicana

A Constituição da República de Moçambique (CRM) “impõe às restrições aos direitos fundamentais a observância de algumas exigências, de natureza formal, Orgânica e Material” (Cfr. NOVAIS, 2010, p. 627), procedimental, temporal, territorial e outras, cuja inobservância gera os vícios de inconstitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais.

A determinação dos vícios de inconstitucionalidade “deve atender ao pressuposto ou ao elemento do Acto de Excepção que está em desconformidade com o Regime que o regula, servido de modelo para a apreciação do acto Presidencial de decretação do Estado de Excepção” (GOUVEIA, 1998, p. 1231).

1.3.1 A Inconstitucionalidade Orgânica dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais.

O Acto de Declaração do Estado de Excepção deve ser da autoria do Órgão de Soberania com competência para declarar o Estado de Excepção, desde logo o Presidente da República, sem prejuízo da Ratificação do acto pela Assembleia da República (Cfr. Artigo 160º alínea a), Artigoº 133º, Artigo 293º, nº3, todos da CRM). Com efeito, no domínio da Defesa Nacional e da Ordem Pública, compete ao Presidente da República de Moçambique “**Declarar a Guerra e sua Cessação, o Estado de Sítio ou de Emergência**” (Cfr. Artigo 160º alínea a) conjugado com o Artigo 290º nº2, ambos da CRM). “*Julga-se que esta declaração produz logo efeitos por si, dado o carácter*

urgente, não obstante a subsequente intervenção da Assembleia da República, ainda que isso não resulte claro no texto constitucional” (GOUVEIA, 2015, p. 646).

Assim, verificar-se-á a inconstitucionalidade orgânica se o Acto Normativo de Declaração do Estado de Excepção, Restritivo de Direitos Fundamentais for da “autoria do Órgão de Soberania sem competência, como (...) o Governo” (GOUVEIA, 1998, p. 1231).

1.3.2 A Inconstitucionalidade formal dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

O Acto de Declaração do Estado de Excepção – seja o Estado de Sítio ou Estado de Emergência - deve revestir a forma de Decreto Presidencial, fundamentando as razões que levaram a declaração do Estado de Excepção, sem prejuízo da Ratificação do acto, por Lei, da Assembleia da República (Cfr. Artigo 157º, Artigo 160º alínea a) e 293º nº3, todos da CRM).

A fundamentação deve consistir na verificação dos termos objectivos da situação *de Crise Político-Social, dado que* “o Estado de Sítio ou Estado de Emergência, só podem ser declarados (..), nos casos de Agressão efectiva ou eminente; de grave Ameaça, perturbação da Ordem Constitucional ou de Calamidade Pública (Cfr. Artigo 290º nº1 da CRM). Assim, o Presidente da República, estando perante uma agressão efectiva ou eminente de forças estrangeiras; grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional ou perante uma calamidade pública, *pode tomar oficiosamente a iniciativa de declaração do Estado de Excepção. V.g,* o Presidente da República de Moçambique, por Decreto Presidencial nº 11/2020, de 30 de Março, declarou o Estado de Emergência, **por razões de Calamidade Pública** (Cfr. Artigo 1º do Decreto Presidencial nº11/2020, de 30 de Março, ratificado pela Lei nº1/2020 de 31 de Março).

1.3.3. A Inconstitucionalidade Procedimental dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

De acordo com GOUVEIA (1998, p. 1232), a *inconstitucionalidade procedimental dos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais* é “atinentes aos diversos momentos procedimentais do acto”, desde logo:

(1) a não consulta ao Conselho de Estado e ao Conselho Nacional de Defesa e Segurança;

(2) a não submissão do Decreto Presidencial de excepção para sua ratificação pela Assembleia da República.

O que significa que Conselho de Estado e o Conselho Nacional de Defesa e Segurança, antes de declarar o Estado de Excepção, devem ser consultados pelo chefe de Estado e devem emitir um parecer obrigatório, mas não vinculativo sobre a Declaração da Guerra, do Estado de Sítio ou do Estado de Emergência (Cfr. Artigo 165º alínea b) conjugado com o Artigo 265º alínea a), b) ambos da CRM). Depois de receber os pareceres do Conselho de Estado e do Conselho Nacional de Defesa e Segurança, cabe ao Presidente decretar ou não o Estado de Guerra, Estado de Sítio ou de Emergência através de um Decreto Presidencial.

1.3.4 A Inconstitucionalidade Territorial dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

Gouveia (1998, p. 1232) considera que a Inconstitucionalidade Territorial dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais é atinente “`a extensão territorial do acto – a aplicação do estado de excepção a lugares onde o mesmo não tem os pressupostos que suporte a respectiva decretação”.

A divisão administrativa e territorial de Moçambique compreende Províncias, Distritos, Postos Administrativos e Localidades, para além das autarquias locais. Neste sentido, os actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais podem ter um âmbito nacional, provincial, distrital ou autárquico, dependendo do nível de preenchimento dos pressupostos do Estado de Excepção, razão pela qual o Estado de Emergência declarado pelo Presidente da República (Cfr. artigo 1 do Decreto Presidencial nº 11/2020 de 30 de Março, ratificado pela Lei nº 1/2020 de 31 de Março conjugado com o artigo 290º nº1 da CRM) teve âmbito nacional, abrangendo, por isso, todo o Território Nacional.

1.3.5 A Inconstitucionalidade Temporal dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais

Por Inconstitucionalidade Temporal dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais, GOUVEIA (1998, p. 1232) entende que é atinente à Violação do Tempo de “vigência do Estado de Excepção”. O tempo de vigência do Estado de Emergência declarado no país foi de trinta dias, tendo sido prorrogado sucessivamente três vezes, por iguais períodos de trinta dias, através do Decretos Presidencial nº2/2020, de 29 de Abril, ratificado pela Lei nº 4/2020, de 30 de abril; Decreto Presidencial nº 14/2020, de 28 de Maio, ratificado pela Lei nº6/2020, de 29 de Maio; Decreto Presidencial nº 21/2020, de 26 de Junho, ratificado pela Lei nº8/2020 de 29 de Junho.

Depois das sucessivas prorrogações por igual período *de tempo*, foi emanado o Decreto Presidencial n° 23/2020 de 05 de Agosto, ractificado pela Lei n° 9/2020, de 07 de Agosto, que decreta um **novo Estado de Emergência**. Este facto leva a que se **coloque a seguinte** questão, em termos jurídico-constitucionais é: *o Decreto Presidencial n° 23/2020 de 05 de Agosto padece ou não do vício de inconstitucionalidade temporal face às anteriores três prorrogações do Estado de Emergência?*

Há duas correntes doutrinárias que se opõem mutuamente na tentativa de dar resposta `a questão:

- (1) a corrente doutrinária que assenta no princípio da ponderação de bens, enquanto metodologia constitucionalmente adequada para Declaração de Estado de Emergência, enquanto prevalecerem os respectivos pressupostos de declaração e,
- (2) a corrente doutrinária que, embora admitindo a ideia de ponderação de bens constitucionalmente protegidos, considera que se deve respeitar os limites temporais da Declaração do Estado de Excepção.

A primeira Doutrina, defensora da ponderação de bens, enquanto metodologia constitucionalmente adequada para Declaração de Estado de Excepção, considera que, enquanto prevalecerem os respectivos pressupostos de declaração *“nada obstava que o PR decretasse um novo estado de emergência. Porque lá, o que está delimitado são os períodos de prorrogação. Então, como já havia prorrogado até a terceira vez, não havia hipótese de fazer uma nova prorrogação, mas nada impedia que se verificassem os pressupostos que determinaram, na fase inicial, a Declaração do Estado de Emergência (EE). Por sinal até ao momento estamos numa situação mais agravada, era natural e normal, que efectivamente assim tivesse avançado o PR. Foi uma medida adequada, atempada e ajustada”*³.

No mesmo sentido de ponderação de bens constitucionalmente protegidos, o Chefe do Estado frisou no âmbito da declaração do intitulado novo estado de emergência, que *“esta decisão, caros compatriotas, não foi fácil, nem é fácil de ser anunciada, e não foi ligeira”*. *“Depois de **muita ponderação** e de muita auscultação consideramos que esta opção é a que melhor serve os interesses do nosso povo. Só assim iremos assegurar o necessário equilíbrio entre as medidas restritivas e o relançamento gradual das actividades económicas”*⁴.

³ CASIMIRO, Duarte, Bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique, citado por Carta de Moçambique, disponível em: <https://cartamz.com/index.php/sociedade/item/5873-duarte-casimiro-diz-que-nao-havia-impedimento-para-o-pr-decretar-novo-estado-de-emergencia> - acesso, 17/10/2020

⁴ WD, Covid -19 em Moçambique: Novo estado de emergência decretado pelo Presidente da República. Disponível em <https://www.dw.com/pt-002/covid-19-em-mo%C3%A7ambique-novo-estado-de-emerg%C3%Aancia-decretado-pelo-pr/a-54452845> - acesso, 17/10/2020

Os partidários desta corrente doutrinária que defendem a ponderação de bens jurídicos para declarar o Estado de Excepção (sempre que os seus pressupostos se mantiverem) consideram que o Decreto Presidencial n.º 23/2020 de 05 de Agosto não padece de nenhum vício de inconstitucionalidade temporal (não viola os limites temporais), pois **não se tratou de uma prorrogação do Estado de Excepção** (que impõe a prorrogação do estado de emergência até ao limite máximo de três vezes) **anteriormente decretado**, mas sim de **um novo Estado de Excepção**.

Contrariamente, a corrente doutrinária cuja defesa assenta no respeito aos limites temporais da declaração e prorrogação do estado de excepção, afirma que depois da terceira prorrogação do estado de emergência “*não há espaço para a aplicação de mais medidas no âmbito do estado de emergência*”. Esta justifica o seu posicionamento com o argumentando: “*Assim, porque persistem as razões que levaram a declaração do estado de emergência, o Presidente da República pode lançar mão à revisão extraordinária da Constituição e propôr a alteração dos princípios em relação ao estado de emergência, uma vez que não se pode enfrentar uma pandemia como o novo coronavírus sem instrumentos para o efeito. Para a revisão constitucional acontecer, basta que o documento a ser depositado no parlamento tenha “sim”⁵ de pelo menos três quartos dos Deputados (Cfr. Artigo 301.º da CRM).*

De acordo com os partidários da doutrina que defende o respeito escrupuloso dos limites de prorrogação do Estado de Excepção, o Decreto Presidencial n.º 23/2020 de 05 de Agosto padece de um vício de inconstitucionalidade temporal por ter violado o artigo 292.º da CRM, que impõe a prorrogação do Estado de Emergência até ao limite máximo de três vezes e, no entendimento, a forma de sanar a inconstitucionalidade temporal ou vício seria a Revisão Constitucional da Lei.

1.3.6 A Inconstitucionalidade Material dos Actos Normativos de Excepção, Restritivos de Direitos Fundamentais

Ao considerar que “*ao conteúdo do acto – a suspensão de direitos insusceptíveis de suspensão, a suspensão de direitos para além do necessário, a modificação de regras constitucionais organizatórias intangíveis, a atribuição de poderes às autoridades para além dos limites constitucionais*”, GOUVEIA (1998, p. 1232) abre espaço para a discussão, que se segue, sobre a *inconstitucionalidade material dos actos normativos de excepção, restritivos de direitos fundamentais*, é atinente (GOUVEIA, 1998, p. 1232).

CANOTILHO (1996, p. 611) considera por definição, o Decreto Presidencial de excepção restritivo de direitos fundamentais, incluindo a Lei da Assembleia da

⁵ RODRIGUES, Filomeno, in *Jornal o país*, disponível <http://opais.sapo.mz/pr-pode-pedir-revisao-da-constituicao-para-alargar-principios-sobre-estado-de-emergencia> - acesso, 17/10/2020

República que o ratifica, devem observar os *requisitos materiais* que visam assegurar a sua conformidade substancial com os princípios e regras da constituição (Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Generalidade e Abstração, Princípio da não Retroactividade e Princípio da salvaguarda do conteúdo essencial). Como que a complementar o disposto anteriormente, NOVAIS (2010, p. 629) afirma que “relativamente aos controlos de natureza material (...) a afectação desfavorável da liberdade individual juridicamente protegida por direitos fundamentais, qualquer que seja a forma que revista e a qualificação conceptual que mereça, **não pode deixar de observar garantias como as da igualdade ou da proporcionalidade.**”

O autor acima considera ainda que a natureza do labor envolvido nos momentos do controlo da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais “*é essencialmente de interpretação jurídica, já que as conclusões aí apuradas derivam directamente do significado da norma constitucional de direito fundamental, ou seja, o que se protege, o contra quem que se protege, bem como a natureza jurídica dessa protecção. Assim, as ideias de generalidade, abstracção, e objectividade devem orientar a busca dos resultados que aí se procuram obter*” (NOVAIS, 2010, p. 631).

Relativamente ao princípio da proporcionalidade, para NOVAIS (2010, p. 757) este princípio implica: “(i) a adequação da restrição ao fim que se tem em vista; (ii) a indispensabilidade da restrição relativamente a esse fim, em comparação com os outros instrumentos possíveis de actuação legislativa, de carácter menos agressivo; (iii) a racionalidade do teor da restrição imposta em função do balanço entre as vantagens e os custos que deriva da respetiva utilização”⁶.

O controlo da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais é imprescindível na prevenção do excesso nas limitações da liberdade e no controlo da respectiva constitucionalidade, com efeito, e de acordo com a legislação moçambicana “*a menor gravidade dos pressupostos da declaração determina a opção pelo estado de emergência, devendo em todo caso, respeitar-se o princípio da proporcionalidade e limitar-se nomeadamente, quanto à extensão dos meios utilizados e quanto à duração, ao estritamente necessário ao ponto do restabelecimento da normalidade constitucional*” (Cfr. Artigo 291º da CRM).

Finalmente, resulta da Constituição da República que os actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais “*devem revestir o carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo*” (Cfr. Artigo 56º nº4 da CRM). Daqui resultam os seguintes princípios que devem ser observados pelos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais:

⁶ Cfr. GOUVEIA, JORGE BACELAR, *regulação e limites dos direitos fundamentais*, p. 22; disponível em https://www.fd.unl.pt/anexos/contenudos/eads_es03.pdf - acesso, 17/10/2020

“(i) o princípio da generalidade, “vendando-se a possibilidade de as respectivas normas visarem pessoas, identificáveis por si mesmas e não por categoria objectivas;

(ii) princípio da abstracção, pelo qual se impede que a estipulação de restrição atinja casos particulares, que se determinam em termos de espaço e de tempo;

(iii) princípio da prospectividade, pelo qual se impede que os efeitos da restrição possam atingir situações da vida que se tenham produzido antes da respectiva entrada em vigor”⁷.

2. APRESENTAÇÃO, ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

2.1 A Restrição aos Direitos Fundamentais em Virtude da Declaração do Estado de Excepção em Moçambique.

Em 2020, havendo necessidade de decretar o Estado de Emergência, de modo a adoptar medidas de contenção à propagação do novo vírus responsável do surto da Pandemia da COVID-19, que perigava a vida de pessoas e a Saúde Pública, a Assembleia da República ratificou pela Lei nº 1/2020 de 31 de Março a *Declaração do Estado de Emergência por razões de calamidade pública*, constante no Decreto Presidencial nº11/2020, de 30 de Março.

A Declaração do Estado de Excepção – quer seja o Estado Guerra, o Estado de Sítio ou o Estado de Emergência – implica a suspensão ou a limitação temporária das Liberdades e Garantias Individuais, devendo por isso especificar as Liberdades e Garantias objectos do exercício de suspensão ou limitação. Assim, a Constituição da República de Moçambique autoriza a restrição temporária das liberdades e garantias individuais em virtude da declaração do estado de excepção (Cfr. Artigo 72º nº1 da CRM). Neste sentido, “ao abrigo do Estado de Sítio ou de Emergência podem ser tomadas as seguintes medidas restritivas da liberdade das pessoas: (a) obrigação de permanência em local determinado; (b) detenção; (c) detenção em edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns; (d) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; (e) buscas e apreensão em domicílios; (f) suspensão da liberdade de reunião e manifestação; (g) requisição de bens e serviços” (Cfr. artigo 295 da CRM).

Com efeito, a *Declaração do Estado de Emergência por razões de Calamidade Pública* em Moçambique implicou a limitação de direitos, liberdades e garantias, através de algumas medidas restritivas constitucionalmente autorizadas, com

⁷ Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar, *regulação e limites dos direitos fundamentais*, p. 23; disponível em https://www.fd.unl.pt/anexos/conteudos/eads_es03.pdf - acesso, 17/10/2020

destaque para as seguintes: (1) *suspensão de aulas em todas as escolas públicas e privadas, desde o ensino pré-escolar até ao ensino universitário*; (2) *proibição de realização de eventos públicos e privados como cultos religiosos, actividades culturais, recreativas, desportivas, políticas, associativas, turísticas e de qualquer outra índole, exceptuando questões inadiáveis do estado ou sociais, como funerais, devendo em todos casos serem adoptadas as medidas de prevenção emanadas pelo Ministério da saúde*; (3) *limitação de circulação interna de pessoas em qualquer parte do território nacional, desde que, se verifique o aumento exponencial de casos de contaminação*; (4) *imposição de confinamento de pessoas em domicílio ou estabelecimento adequado, com objectivos preventivos*; (5) *imposição de internamento de pessoas em estabelecimentos de saúde com fins terapêuticos*; (6) *limitação de entrada e saídas de pessoas, do território moçambicano, através de encerramento parcial das suas fronteiras, exceptuando assuntos de interesses do Estado, apoio humanitário, saúde e transporte de carga*; (7) *requisição de prestação de serviços de saúde, serviços similares e outros que se considerem complementares* (Cfr. Artigo 3º do Decreto Presidencial nº 11/2020, de 30 de Março, ratificado pela Lei nº 1/2020 de 31, de Março, Artigo 3º do Decreto Presidencial nº 2/2020 de 29 de Abril, ratificado pela Lei nº 4/2020, de 30 de Abril; Artigo 3º do Decreto Presidencial nº 14/2020, de 28 de Maio, ratificado pela Lei nº 6/2020 de 29, de Maio; Artigo 3º do Decreto Presidencial nº 21/2020, de 26 de Junho, ratificado pela Lei nº 8/2020, de 29 de Junho; Artigo 3º do Decreto Presidencial nº 23/2020 de 05, de Agosto).

2.2 O Controlo da Constitucionalidade dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica moçambicana

Resulta do texto da Constituição da República de Moçambique que **a forma de acto correspondente a ratificação parlamentar do decreto Presidencial que declara o estado de excepção é a Lei** (Cfr. Artigo 293º, nº1 conjugado com o Artigo 181º ambos da CRM). Isto significa, no entanto, que o Presidente da República, intervindo através da respectiva promulgação (Artigo 245º nº1 e 2, Artigo 162º ambos da CRM conjugado com o Artigo 54º da Lei nº 26/2006, de 2 de Agosto) tem o poder de submetê-la à Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade? A resposta será negativa se entendermos que *o Decreto Presidencial que declara o estado de excepção “Produz logo efeitos por si, dado o carácter urgente, não obstante a subsequente intervenção da Assembleia da República, ainda que isso não resulte claro no texto constitucional”* (GOUVEIA, 2015, p. 646). A urgência que se extrai do artigo 293 da CRM e “a eficiência que constitucionalmente se pretendeu conferir à Declaração do Estado de Excepção- ou a sua modificação ou ampliação - em tempo julgado útil” (GOUVEIA, 1998, p. 1205) parece-nos incompatível com a Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade dos actos normativos restritivos de direitos fundamentais.

Quanto à *Fiscalização Abstracta Sucessiva dos Actos Normativos de Excepção*, importa realçar que, na vigência do Estado de Excepção, somente podem solicitar, ao Conselho Constitucional para a declaração de inconstitucionalidade, o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, pelo menos um terço dos Deputados da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral da República; o Provedor de Justiça, Dois mil cidadãos (Cfr. Artigo 244, n^o 2 da CRM, conjugado com o Artigo 60^o n^o 2 da Lei n^o 6/2006, de 2 de Agosto).

No âmbito da *Fiscalização Concreta Sucessiva dos Actos Normativos de Excepção Restritivos de Direitos Fundamentais*, os pedidos de Declaração de inconstitucionalidade só devem obrigatoriamente ser remetidos para Conselho Constitucional e para outros acórdãos decisores, com fundamentos de inconstitucionalidade nos seguintes casos: (a) quando se recuse a aplicação de qualquer Norma Restritiva de Direitos Fundamentais emanada no Estado de Excepção, com base na sua inconstitucionalidade; (b) quando o Procurador Geral da República ou o Ministério Público solicite a Apreciação Abstracta da Constitucionalidade ou da legalidade de qualquer Norma emanada no Estado de Excepção, Restritiva de Direitos Fundamentais, cuja aplicação tenha sido recusada, com justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso (Cfr. Artigo 246^o, n^o 1 alíneas a) e b), da CRM).

Para controlar a constitucionalidade dos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais, parece-nos que o Conselho Constitucional deve usar, como parâmetro, a determinação da existência ou da inexistência dos vícios de inconstitucionalidade admissíveis na Teoria do Direito Constitucional, destacando-se entre outros:

(i) *A Inconstitucionalidade Orgânica*: Padecerá de um vício de inconstitucionalidade orgânica se o acto normativo de Declaração do Estado de Excepção, Restritivo de Direitos Fundamentais não for da autoria do Presidente da República (Cfr Artigo 160^o, alínea a), conjugado com o Artigo 133^o, ambos da CRM), mas sim da autoria de um Órgão de Soberania sem competência para tal, como, por exemplo, o Governo.

(ii) *A Inconstitucionalidade Formal*: a adopção de forma diversa do Decreto Presidencial de excepção e a inexistência ou insuficiência de fundamentação do acto normativo de excepção, geram um vício de *inconstitucionalidade formal* que torna os actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais nulos e de nenhum efeito (GOUVEIA, 1998, p. 1232). Com efeito, "o regime-regra dos desvalores dos actos implicados no estado de excepção, é como acontece no geral, o da invalidade, que por combinar aspectos da nulidade e da anulabilidade, assume veste de invalidade

mista, ainda que predominantemente de nulidade" (GOUVEIA, 1998, p. 1230).

(iii) *A inconstitucionalidade Procedimental*: padece de vício de inconstitucionalidade procedimental o Decreto Presidencial de excepção restritivo de direitos fundamentais, emanado sem a prévia Consulta ao Conselho de Estado e ao Conselho Nacional de Defesa e Segurança (Artigo 165º alínea b), conjugado com o Artigo 265º alínea a) e b), ambos da CRM), ou que tiver omitido qualquer outra formalidade constitucional ou legalmente prescrita.

(iv) *A inconstitucionalidade Territorial*: verifica-se nos casos em que o Decreto Presidencial de excepção restritivo de direitos fundamentais, de âmbito não nacional, for aplicado a lugares onde o mesmo não tem os pressupostos que suportem a respectiva decretação. Com efeito, o Estado de Excepção pode ser decretado *"no todo ou em parte do território"* moçambicano, nos termos do Artigo 290º, n.º1, da CRM.

(v) *A Inconstitucionalidade Temporal*: o Tempo de Vigência do Estado de Excepção – quer seja o Estado de Sítio ou de Emergência - não pode ultrapassar os trinta dias, sendo prorrogável até três vezes, por igual período, se persistirem as razões que levaram à sua Declaração, nos termos do Artigo 292º da CRM. Assim, os actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais, que ultrapassem os trinta dias da sua vigência ou que sejam emanados a título de prorrogação do estado de excepção depois de esgotadas as três vezes do período de prorrogação constitucionalmente autorizados, padecem de vício de Inconstitucionalidade Temporal.

(vi) *Inconstitucionalidade Material*: os actos normativos de excepção, restritivos de direitos fundamentais, não podem: a) suspender direitos insusceptíveis de suspensão, b) suspender direitos para além do necessário, c) modificar as regras constitucionais organizatórias intangíveis, d) atribuir poderes às autoridades para além dos limites constitucionais. Assim, os actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais *"em nenhum caso pode limitar ou suspender os direitos a vida, a integridade pessoal, a capacidade civil e a cidadania, a não retroactividade da Lei Penal, o Direito da Defesa dos arguidos e a Liberdade de Religião"*, nos termos do Artigo 294º da CRM, sob pena de Inconstitucionalidade Material. No mesmo sentido, padecem de vício de Inconstitucionalidade Material, os actos normativos de excepção que aprovem qualquer alteração da Constituição da República de Moçambique, pois, *"na vigência do estado de sítio ou de emergência não pode ser aprovada qualquer alteração da Constituição"* nos termos do Artigo 302º, da CRM.

Finalmente estão inquinados de vício de inconstitucionalidade material, os actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais que não revistam o *Carácter Geral e Abstracto e que tenham efeito retroactivo*, tendo em conta o disposto no Artigo 56º n.º4 da CRM.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise feita sobre o processo de controlo da constitucionalidade dos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais na ordem jurídica moçambicana, chegamos às seguintes conclusões:

1. O Decreto Presidencial do Estado de Excepção restritivo de direitos fundamentais tem um carácter normativo e foi objecto de controlo da sua constitucionalidade pelo Conselho Constitucional. No mesmo sentido, foi objecto de controlo da constitucionalidade, a Lei da Assembleia da República que ratifica o Decreto Presidencial de Excepção restritivo de direitos fundamentais, incluindo os actos de execução do Estado de Excepção que tenham natureza normativa.

2. O âmbito de controlo da constitucionalidade dos Actos Normativos Restritivo de Direitos Fundamentais deve ser estendido desde o Decreto Presidencial de decretação até à Lei da Assembleia da República que ratifica o decreto Presidencial do Estado de Excepção, incluindo os actos de execução que tenham natureza normativa.

3. No complexo sistema moçambicano de Fiscalização da Constitucionalidade dos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais parece-nos ser aplicável ao Estado de Excepção, apenas duas formas de fiscalização: (1) a *Fiscalização Abstracta Sucessiva da Constitucionalidade*; a cargo do Conselho Constitucional e (2) a *Fiscalização Concreta Sucessiva da Constitucionalidade*, a cargo de qualquer Tribunal.

4. os parâmetros jurídicos-constitucionais de controlo da constitucionalidade dos actos normativos de excepção restritivos de direitos fundamentais consistem na verificação da inexistência ou da existência dos vícios de Inconstitucionalidade Orgânica; Inconstitucionalidade formal; Inconstitucionalidade Procedimental, Inconstitucionalidade Material, Inconstitucionalidade Temporal, inconstitucionalidade territorial entre outros vícios de inconstitucionalidade admissíveis na Teoria do Direito Constitucional.

5. Partilhamos a posição dos partidários da Doutrina que assenta no respeito escrupuloso dos limites de prorrogação do estado de excepção, que considera que o Decreto Presidencial (n.º 23/2020 de 05 de Agosto) padece de um vício de Inconstitucionalidade Temporal por ter violado o Artigo 292º da Constituição da

República de Moçambique, que impõe a Prorrogação do Estado de Emergência, até ao limite máximo de três vezes.

REFERÊNCIAS

BICUDO, Maria Aparecida Viggiani (Org.). **Pesquisa qualitativa, segundo a visão fenomenológica**. São Paulo: Cortez, 2011.

CASIMIRO, Duarte. Bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique, in **Carta de Moçambique**, disponível em: <https://cartamz.com/index.php/sociedade/item/5873-duarte-casimiro-diz-que-nao-havia-impedimento-para-o-pr-decretar-novo-estado-de-emergencia> - acesso, 17/10/2020.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Moçambique**. Lisboa/Maputo: IdiLP, 2015.

_____. **O estado de Excepção no Direito constitucional, entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da constituição**. Volume II, Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Regulação e limites dos direitos fundamentais**. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/anexos/conteudos/eads_es03.pdf. Acesso em: 17/10/2020.

LUNDIN, Iraê Baptista, **Metodologia de Pesquisa em Ciências sociais**. Maputo: Escolar Editora, 2016.

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, 2. ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Sílvio Luiz, **Metodologia científica aplicada ao Direito**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**. As instituições do Estado Democrático e Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Lei nº 1/2018 de 12 de Junho, Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique**. In: Boletim da República, I Série número 115 de 12 de Junho de 2018.

_____. **Constituição da República de Moçambique actualizada em 2018**. In: Boletim da República, I Série nº 115 de 12 de Junho de 2018.

_____. Lei nº 6/2006 de 02 de Agosto, **Lei orgânica do Conselho Constitucional**. In: Boletim da República, I Série nº 31 de 02 de Agosto de 2006.

_____. Lei nº 5/2008 de 09 de Julho, que altera alguns artigos da Lei nº 6/2006 de 02 de Agosto, **Lei orgânica do Conselho Constitucional**. In: Boletim da República, I Série nº 28 de 09 de Julho de 2008.

_____. **Lei nº 01/2020 de 31 de Março**, que ratifica a declaração do estado de emergência constante no Decreto Presidencial nº 11/2020 de 30 de Março, in Boletim da República, I Série nº 62 de 31 de Março de 2020.

_____. **Lei nº 04/2020 de 30 de Abril**, que ratifica a prorrogação pela primeira vez da declaração do estado de emergência constante no Decreto Presidencial nº 12/2020 de 29 de Abril, in Boletim da República, I Série nº 82 de 20 de Abril de 2020.

_____. **Lei nº 06/2020 de 29 de Maio**, que ratifica a prorrogação pela segunda vez da declaração do estado de emergência constante no Decreto Presidencial nº 14/2020 de 29 de Maio.

_____. **Lei n° 08/2020 de 29 de Junho**, que ratifica pela terceira vez a prorrogação da declaração do estado de emergência constante no Decreto Presidencial n°21/2020 de 26 de Junho, *in* Boletim da República, I Série n°122 de 29 de Junho de 2020.

_____. **Lei n° 09/2020 de 07 de Agosto**, que ratifica a declaração do (novo) estado de emergência constante no Decreto Presidencial n°23/2020 de 05 de Agosto, *in* Boletim da República, I Série n°151 de 07 de Agosto de 2020.

RODRIGUES, Filomeno. In: **Jornal o país**, disponível em: <http://opais.sapo.mz/pr-pode-pedir-revisao-da-constituicao-para-alargar-principios-sobre-estado-de-emergencia> - acesso, 17/10/2020

WD, **Covid -19 em Moçambique**: Novo estado de emergência decretado pelo Presidente da República. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/covid-19-em-mo%C3%A7ambique-novo-estado-de-emerg%C3%Aancia-decretado-pelo-pr/a-54452845>. Acesso, 17/10/2020.

O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE DO COVID-19

Ândreo da Silva Almeida
Marcelo Nunes Apolinário

O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE DO COVID-19

Ândreo da Silva Almeida¹
Marcelo Nunes Apolinário²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os diálogos institucionais estabelecidos no âmbito da exacerbada judicialização decorrente do contexto gerado pela pandemia do Coronavírus. A prática colaborativa entre os poderes, no que concerne à interpretação do texto constitucional, permite-nos vislumbrar a construção harmónica dos valores constitucionais, numa perspectiva democrática e republicana, de modo a atender os reais pressupostos do Estado Democrático de Direito, principalmente em períodos excepcionais, nos quais se diagnosticam imensas lacunas nas ordens constitucional e infraconstitucional.

Visto de um ângulo distinto, a pesquisa propõe-se a oferecer uma análise acerca da interacção entre os Poderes, cujo objectivo é justificar a legitimidade democrática do diálogo instaurado para que se construam respostas satisfatórias às questões complexas inerentes à vida social, sobretudo no contexto do Coronavírus, em que a sociedade clama por decisões estatais racionais, fornecedoras de significativa segurança jurídica.

Assim, num primeiro momento buscar-se-á compreender a separação entre o Direito e a Política consolidada no período de redemocratização do Estado brasileiro. O processo de redemocratização experimentado logo após duas décadas de ditadura militar, proporcionou notório apelo à protecção dos direitos fundamentais pelos

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

² Doutor em "Derechos Fundamentales" pela Universidad Autónoma de Madrid. Pós-Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor adjunto da Faculdade de Direito (Graduação e Mestrado) da UFPEL.

órgãos do Poder judiciário, trazendo consigo uma divisão tradicional entre as esferas Política e Jurídica, de modo que o campo político seria determinado pela Soberania Popular e pelo princípio maioritário, enquanto que a esfera jurídica seria pautada pelo primado da lei editada pelos representantes eleitos e pela tutela dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Numa segunda etapa do trabalho, a pesquisa propõe-se analisar a teoria dos diálogos institucionais como forma de legitimar a actuação da jurisdição constitucional architectada na Constituição da República promulgada no ano de 1988.

Por fim, num terceiro momento, tem-se como objectivo compreender a actuação do Poder Judiciário como interlocutor na judicialização da crise proporcionada pela Pandemia do Coronavírus. Nesse sentido, parece ser evidente que a Corte Constitucional se colocou numa posição em que é mais um importante articulador no processo colectivo de construção de soluções para a crise do COVID-19, pois a corte evitou a centralidade nas decisões e permitiu que a sociedade e seus representantes encontrassem o caminho mais razoável para a resolução dos conflitos.

Com isso, realizar-se-á um estudo descritivo sobre a teoria e aplicação dos diálogos institucionais entre os poderes no Brasil contemporâneo, principalmente em tempos de incertezas como estes pelos quais estamos enfrentando.

1. A CISÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA NA REDEMOCRATIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

O Estado brasileiro vivenciou nos últimos anos inúmeras transformações que tiveram repercussões directas no modo de produção do direito e na sua aplicação. Sob a égide da Constituição de 1988, verificou-se significativas alterações no modo de produção e no conteúdo do direito, tendo em vista que o processo eleitoral brasileiro permitiu a alternância no poder de partidos políticos com orientações ideológicas diversas, o que obviamente se reflectiu no conteúdo das normas jurídicas. Contudo, foi no modo de aplicação e interpretação do direito que se deu a transformação de maior relevância para este trabalho.

O processo de redemocratização, com o seu forte apelo à protecção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e pelas Cortes Constitucionais, trouxe consigo uma ideia de cisão Clássica entre direito e política, onde a esfera política seria determinada pela Soberania Popular e pelo princípio maioritário, enquanto que a esfera jurídica seria norteadada pelo primado da lei (*rule of law*) e pela defesa dos direitos fundamentais (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Obviamente, essa cisão não encontra espaço no plano da produção do direito, visto ser fruto da vontade maioritária da sociedade e de disputas políticas que são solucionadas mediante a formulação de normas jurídicas com pretensão de universalidade. Entretanto, no âmbito da aplicação, tal separação entre o Direito e a Política é tida como possível, sendo justificada por meio da alegação de evitar a “colonização do jurídico pelo político” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Em verdade, trata-se de uma concepção de “purificação” do Direito que tenta ver a “Neutralidade” como legitimadora das decisões emanadas de juízes e cortes, como se os prolores de tais decisões estivessem imunes a elementos ideológicos no processo de cognição judicial. O risco dessa concepção está no facto de sofrer de um mal semelhante ao que tanto tenta evitar, pois, ao impedir a “colonização do jurídico pelo político”, fica propensa a instaurar um sistema de “colonização do mundo da vida pelo direito”. A judicialização advinda dessa supervalorização do Direito em relação ao Político invade a esfera do agir comunicativo e, por consequência, prejudica a construção de uma razão intersubjetiva para a solução dos problemas transindividuais (STRECK, 2014, p. 161).

A cisão entre Política e Direito fortalece-se no Brasil em razão da consagração da ideia de Supremacia da Constituição no período de redemocratização do país, marcado pela hierarquia superior das normas constitucionais do Texto de 1988 em relação às demais normas do sistema. Ao lado disso, como forma de assegurar a hierarquia da Lei Maior, é estruturado um sistema de fiscalização da constitucionalidade, cuja tarefa principal precípua é garantir a compatibilidade das normas infraconstitucionais com o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Ocorre que no Brasil o conceito de Supremacia da Constituição se aproximou em muito de uma visão de Supremacia do Judiciário, tendo em conta que a Constituição de 1988 se filiou a uma corrente substancialista de democracia, responsável por limitar a actuação dos poderes maioritários (Legislativo e Executivo), afastando-se da corrente procedimentalista que incentiva a participação activa dos cidadãos nas decisões políticas. Essa escolha por uma Constituição substancialista gera uma redefinição na relação entre os Poderes do Estado brasileiro:

As políticas sociais decorrentes da ideia de Estado Social, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais, produzindo uma verdadeira institucionalização da moral no direito. [...] Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena

política, isso porque o *Welfare State* lhes facultou o acesso à administração do futuro, e o Constitucionalismo Contemporâneo, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas alternativas – guardados os limites hermenêuticos – para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais (STRECK, 2014, p. 150-151).

A concepção substancialista da Constituição de 1988 é uma característica comum dos textos constitucionais pós Segunda-Guerra, dado que as experiências comprovaram que o poder concentrado nas maiorias políticas é capaz de instaurar um cenário de barbaridades, a exemplo do que ocorrera no Terceiro *Reich*. Assim, a opção pela protecção desses valores substanciais sob a batuta do Poder Judiciário, mormente pelo exercício da jurisdição constitucional, foi uma tendência no processo de redemocratização de muitos países, os quais limitaram o campo de actuação dos poderes políticos como estratégia para proteger os direitos fundamentais (SARMENTO, 2009).

A adopção desta estratégia é de fácil percepção no sistema brasileiro, haja vista a relevância deferida aos direitos fundamentais pelos Constituintes de 1988, verificável no vasto catálogo de direitos individuais e pela consagração de um generoso rol de direitos sociais. Ademais, a Constituição incentivou a resolução dos problemas sociais através de processos judiciais, sendo evidenciada essa postura judicializadora nas políticas estatais de acesso à justiça, sendo exemplo o aumento do rol de legitimados ao controle abstracto de Constitucionalidade, o crescimento no número de Faculdades de Direito, a estruturação da Defensoria Pública e o fortalecimento institucional do Ministério Público (VIANNA; *et. al.*, 1999).

Registe-se que a judicialização das relações sociais no Brasil foi um fenómeno planeado durante o processo constituinte, já que os Constituintes de 1988, diante das disputas entre os grupos que buscavam a hegemonia na elaboração do Texto Constitucional, optaram por deixar para o futuro a concretização de valores e princípios que foram positivados na Lei Maior, cuja ideia original era que fossem efectivados através do novo arranjo que seria estabelecido pela Constituição (VIANNA; *et. al.*, 1999).

Todavia, a consequência dessa estratégia de redemocratização do Estado brasileiro foi a inserção do Poder Judiciário no centro do debate sobre a política nacional, já que com a ampliação de suas atribuições passou a deliberar sobre questões antes afectadas ao processo político. Desse modo, criou-se uma falsa ideia de que o Judiciário é um poder que está acima dos demais no desenho institucional, ideia que vai de encontro à harmonia e ao diálogo entre os Poderes, bem como transforma a supremacia da Constituição em supremacia do Judiciário, já que este é o principal intérprete do Texto Constitucional na jurisdição constitucional brasileira.

O fenómeno da judicialização da política evidencia o equívoco na ideia de cisão do Direito em relação à Política, pois, à medida que juízes e Cortes são provocados a decidir questões atinentes ao campo da política, percebe-se que tais julgadores se socorrem de elementos inerentes ao processo maioritário para decidir, como, por exemplo, a “Vontade Popular” e a “Voz das Ruas”.

O Ministro da Suprema Corte brasileira, Luís Roberto Barroso, admite que nem sempre o Poder Judiciário exerce o papel contramajoritário, pois, em certos casos, é o melhor intérprete do sentimento maioritário, actuando, portanto, com base no papel de representante da sociedade brasileira. Nesse sentido, elenca inúmeros casos em que o Supremo Tribunal Federal atendeu ao anseio social, actuando como uma instituição representante da vontade popular:

O fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições maioritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto. Também no Brasil tem sido assim. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 1261, e a posterior edição da Súmula Vinculante nº 13, que chancelaram a proibição do nepotismo nos três Poderes, representaram um claro alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa. A tese vencida era a de que somente o legislador poderia impor esse tipo de restrição. Também ao apreciar a legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ como órgão de controle do Judiciário e ao afirmar a competência concorrente do Conselho para instaurar processos disciplinares contra magistrados, o STF atendeu ao anseio social pela reforma do Judiciário, apesar da resistência de setores da própria magistratura. No tocante à fidelidade partidária, a posição do STF foi ainda mais arrojada, ao determinar a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido. Embora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, é fora de dúvida que a

decisão atendeu a um anseio social que não obteve resposta do Congresso. (BARROSO, 2015, p. 41-42)

Com efeito, toda decisão de cunho Político tomada por uma Corte considera a Vontade Popular. Isso porque a decisão é resultado de um balanceamento de duas dimensões: a de Princípio e a de Conveniência e Oportunidade. A dimensão de Princípio representa um valor moral rígido da sociedade que, a princípio, não faz concessões. Já a de Conveniência e Oportunidade seria o exercício da faculdade de perceber o que pode ser executado no contexto dessa sociedade, ou seja, avaliar se a sociedade está pronta para receber aquele tipo de decisão (BICKEL, 1986).

Por isso, Alexander Bickel assevera que é papel de juízes e cortes fomentar o debate e o amadurecimento de determinadas questões no bojo da sociedade, pois, devido à dimensão de Conveniência e Oportunidade, certos princípios, por mais relevantes que sejam, não conseguirão ser impostos unilateralmente através de uma decisão judicial caso não estejam sedimentados pela sociedade (BICKEL, 1986).

Note-se que a “Pureza” ou “Neutralidade” na aplicação do Direito, que legitima a tentativa de cisão entre o Direito e a Política, não existe, pois, ao judicializar a Política, os argumentos ideológicos inerentes ao processo político maioritário passam a integrar as decisões judiciais, corroborando a tese de que o Direito e a Política formam uma simbiose indissolúvel. Não é à toa que Manoel Gonçalves Ferreira Filho há muito afirma que “a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 16).

Não se pode, portanto, romantizar com o Poder Judiciário ou pintar uma caricatura inadequada dos Poderes Executivo e Legislativo quando o tema se trata de decidir questões que geram um grande desacordo na sociedade, pois os juízes têm um papel interdependente na Democracia e não têm capacidade para definirem sozinhos a Doutrina jurídica, uma vez que necessitam do diálogo com outros órgãos de Governo e também com o Povo (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Dessa forma, considerando que o Direito não possui uma natureza autónoma frente à Política, dado serem incindíveis, tem-se por necessário encontrar um equilíbrio para a legitimação da jurisdição constitucional, enquanto instrumento de protecção dos direitos fundamentais, visto não ser incomum que a defesa de tais direitos exija um comportamento mais activo de juízes e cortes, o que pode ser interpretado como uma intromissão nas atribuições de legisladores e administradores públicos.

2. OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como salientado acima, a judicialização de questões políticas é parte integrante do projecto de redemocratização do Brasil, uma vez que o constitucionalismo brasileiro pós-1988 foi fortemente influenciado pela teoria da constituição dirigente, segundo a qual a Constituição representa um “programa de acção para o futuro”, de modo que para o constitucionalismo dirigente as mudanças sociais com pretensões emancipatórias e igualitárias podem decorrer directamente das normas constitucionais (CANOTILHO, 1994).

Nesse cenário de dirigismo constitucional cabe ao legislador atender ao programa instituído na Lei Maior e ao Judiciário fiscalizar a correcta execução dessas normas programáticas, inclusive suprimindo eventuais omissões do Legislativo, evidenciando, desse modo, o traço judicialista da teoria.

Todavia, essa característica judicialista do constitucionalismo brasileiro é digna de críticas, porquanto se ampara numa teoria da Constituição autocentrada em si mesma, acreditando ser tão forte que é capaz de sustentar que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas, ignorando a interdependência entre o Direito e a Política, pois desconsidera por completo a relevância da participação política na efectivação das promessas constitucionais. Por isso, estabelece-se a crítica no sentido de que “a teoria da constituição dirigente é uma teoria da constituição sem teoria do Estado e sem política” (BELLO, BERCOVICI, LIMA, 2019).

O défice democrático do carácter judicialista do constitucionalismo brasileiro é visto nas limitações institucionais do Poder Judiciário para deliberar sobre Políticas Públicas de efectivação de direitos fundamentais. Afinal, quando se governa por decisões judiciais, corre-se o risco de se exigir dos poderes políticos medidas que não possuem lastro no orçamento público ou, ainda pior, consagrar uma desigualdade decorrente do sucesso de algumas demandas individuais que garantem que o Direito seja alcançado somente àqueles que questionaram judicialmente.

É frente a estes problemas que a aplicação da teoria dos diálogos institucionais se coloca como fonte de legitimação da jurisdição constitucional no papel de protecção dos direitos fundamentais, pois atenua o défice democrático das decisões judiciais emanadas de um processo judicial cujo marco cognitivo, em regra, não apresenta condições de discutir e decidir sobre Políticas Públicas que podem implicar em priorizar objectivos, distribuir recursos e equilibrar interesses contrapostos.

A teoria dos diálogos institucionais compartilha da ideia de que, independentemente das capacidades institucionais de cada Poder, a legitimidade da

decisão judicial pode advir da existência de uma deliberação ampla e efectiva entre os Poderes e a sociedade no decorrer do procedimento de construção da decisão, pois se acredita que uma separação de Poderes deliberativa tem maior probabilidade de chegar à resposta certa (MENDES, 2014).

Por inúmeras circunstâncias, criou-se no Brasil uma cultura jurídica que atribui ao Poder Judiciário a legitimidade para dar a “última palavra” sobre questões envolvendo direitos fundamentais, como se tal Poder tivesse uma capacidade institucional superior aos demais Poderes para decidir sobre esses temas. Ocorre que o grande defeito dessa visão está em acreditar que o circuito decisório é estanque, ou seja, que obrigatoriamente a deliberação sobre a questão deve ser encerrada pela autoridade da decisão de um órgão judicial. Assim, ao se alcançar a decisão judicial, entende-se que a deliberação sobre tal questão está cessada, ainda que a sociedade não tenha estabelecido um consenso mínimo sobre o tema decidido.

A insurgência da teoria dos diálogos é contra essa noção de “última palavra” calcada na autoridade do Poder Judiciário, pois, no âmbito de uma democracia activa, a “última palavra” sobre esses temas deve ser sempre provisória, pois através do diálogo permanente entre as instituições e o povo é que se atinge o aperfeiçoamento das decisões. Em consequência, colocar um ponto final na deliberação com base na autoridade do Poder Judiciário é o mesmo que privar a sociedade de alcançar uma resposta melhor, legitimada num processo decisório mais complexo e enriquecedor (ALMEIDA; APOLINÁRIO, 2020).

Segundo Friedman a ausência de interação entre as instituições na construção das decisões judiciais decorre de suposições superestimadas das teorias hegemônicas desenvolvidas após a Segunda Guerra Mundial: primeiro, afirmam que existiria uma vontade da maioria identificável e fixa, retratada pela actuação do Legislativo e que a Corte está sempre distante; segundo, a Corte é a detentora da última palavra. Na visão do autor, essas duas suposições não espelham a realidade, motivo pelo qual deverão ser substituídas por outras três ideias que estão mais próximas do que de facto ocorre: (i) o sistema de governo não representa a maioria, mas permite escutar e integrar vozes de diferentes grupos; (ii) o texto constitucional é flexível e comporta diferentes interpretações; (iii) o processo de interpretação não é estático, é dinâmico e, por conseguinte, autoriza uma interpretação diferente a cada momento (FRIEDMAN, 1993).

Arrimado nessas três premissas, percebe-se que o papel da Corte no exercício da jurisdição constitucional nem sempre será o de decidir a questão posta em julgamento, mas também o de facilitar a interação entre as instituições, colocando-se como uma interlocutora num diálogo permanente (ALMEIDA; APOLINÁRIO, 2020). A melhor resposta, em alguns casos, não é encontrada através de uma última palavra

(definitiva), mas sim através da criação de um circuito de busca por tal resposta que não possui um ponto final predefinido, um circuito formado por idas e vindas sem fim, no qual a Corte transfere a solução da questão para a sociedade e para os outros poderes, e vice-versa (MENDES, 2008).

Essa função do Tribunal como incentivador do diálogo é resumida por Friedman nas seguintes palavras:

O papel dos tribunais no diálogo sobre o significado da Constituição é altamente interativo. Os tribunais atuam como intermediários no diálogo, sintetizando as visões da sociedade e, então, oferecendo a síntese à sociedade para uma discussão mais aprofundada. Os tribunais e a sociedade atuam como parceiros numa partida de tênis, sempre rebatendo a bola ininterruptamente. (1993, p.669)

A interação dos juízes com os outros Poderes e com a sociedade durante a formação da cognição judicial se torna necessária, pois magistrados consideram no momento de decidir, além do próprio direito e dos valores e ideologias pessoais, elementos políticos, os quais somente serão bem explicitados durante o processo de construção da decisão se houver a participação dos poderes políticos.

Verifica-se, contudo, uma grande resistência nas teorias constitucionais do pós-segunda guerra em reconhecer a necessidade de tal interação entre os poderes para legitimar a jurisdição constitucional, já que muitos teóricos ainda insistem na separação absoluta entre direito e política, como se fosse possível decidir apenas com base no primeiro e isolar totalmente o segundo. As teorias criam um mito de que a Corte é uma instituição imune aos elementos políticos, esquecendo que “juízes são produtos da sociedade em que vivem e são influenciados pelos jogos de forças políticas e ideológicas dessa sociedade” (MENDES, 2008, p. 136).

Divergindo desses teóricos, a teoria dos diálogos estabelece que a interpretação e aplicação da Constituição são actividades que envolvem a colaboração de outros agentes políticos para além do Judiciário, tendo em vista que a teoria aposta que, com a agregação de conhecimentos advindos de diferentes fontes, a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário e o seu natural déficit democrático será atenuado, pois os outros Poderes e o próprio povo seriam partícipes na construção do significado constitucional, legitimando, por consequência, a jurisdição constitucional a enfrentar questões de índole política (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Destarte, a concepção dialógica da jurisdição constitucional não atribui aos Tribunais a função de salvaguardar a Democracia, identificando e protegendo os

direitos fundamentais de determinada sociedade, através de uma decisão judicial terminativa do debate. O papel dos Tribunais é, sim, o de promover o diálogo institucional a fim de que a decisão seja o reflexo de uma deliberação ampla da sociedade, colaborando, assim, para que a resposta alcançada esteja alinhada aos valores consagrados pela vontade popular. A jurisdição constitucional, em síntese, deve ter o condão de estimular a mobilização dos agentes políticos para deliberarem sobre o tema em julgamento, gerando um enriquecimento epistêmico da própria democracia.

Não se está a tratar de uma teoria ingénua que espera alcançar necessariamente um consenso na sociedade ou que as melhores razões venham efectivamente a prevalecer na construção de todas as decisões, pois se sabe que, por vezes, as decisões são tomadas por factores passionais desconectados da racionalidade. Todavia, o que de facto se tenta combater é que as decisões sobre temas complexos de interesse transindividuais sejam frutos de um “monólogo”, dado que, em uma Democracia, os desacordos sempre existirão, porém cumpre às instituições permitirem que a deliberação sobre tais desacordos continue aberta e pulsante no seio da sociedade (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

3. O JUDICIÁRIO COMO INTERLOCUTOR NA JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE DO COVID-19

Dentre as diversas correntes que estão abarcadas pela teoria dos diálogos institucionais, tem ganhado relevância nos últimos anos a corrente que se opõe à postura judicial maximalista, na qual magistrados buscam solucionar os problemas da sociedade com a ampliação do escopo da decisão judicial e com uma teorização excessiva. A crítica a essa postura maximalista do Judiciário é encontrada no minimalismo judicial, o qual reconhece que, em certos momentos, juízes e cortes devem adoptar uma postura modesta e humilde, tendo em vista a limitação de suas capacidades interpretativas, o que redundaria numa necessidade do Judiciário adoptar uma actuação mais comedida e valorizadora do diálogo com os outros Poderes (SUNSTEIN, 2008).

A postura do Judiciário aberto ao conhecimento advindo dos demais poderes já encontra aplicação no controle de constitucionalidade de países como a África do Sul, a Nova Zelândia e Israel. Contudo, foi no Canadá que ocorreu a normatização dos diálogos como fonte de legitimação da jurisdição constitucional, considerada a inserção da cláusula “notwithstanding” na Constituição de 1982 (CORREA; FARIAS, 2020).

Com a inovação no controle de constitucionalidade canadense, estabeleceu-se um diálogo entre os Poderes, uma vez que a cláusula “notwithstanding” autoriza que o Legislativo forneça uma resposta às decisões da Suprema Corte, já que eventual

deliberação legislativa pode concluir por manter no ordenamento jurídico um acto normativo que foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema³.

No Brasil, ante a ausência de normatização dos diálogos institucionais, a postura dialógica do Poder Judiciário tem operado por meio de uma conduta que se assemelha ao minimalismo judicial, onde há certa modéstia por parte dos Tribunais, compreendida na deferência que os juízes e as cortes exercem ao conhecimento das demais instituições. No cenário de judicialização da crise da COVID-19 tem se notado o espírito cooperativo do Judiciário, que tem se esquivado do protagonismo de outrora. Alguns fatos demonstram que os juízes e as cortes podem exercer um papel de interlocutores nos diálogos para resolução dos problemas advindos da Pandemia do COVID-19.

Por exemplo, nas tentativas iniciais de formação das Políticas Públicas para enfrentar a crise sanitária, mais precisamente em 17 de Março de 2020, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, acompanhado de outros Ministros da Suprema Corte e dos Presidentes, à época, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Davi Alcolumbre e Rodrigo Maia, debateram sobre as medidas emergenciais que seriam aprovadas pelo Poder Legislativo a fim de que as decisões legislativas estivessem revestidas de segurança jurídica⁴.

Em muitos Estados da Federação foram criados comités para a formulação de soluções aos graves problemas decorrentes da pandemia, sendo que os comités contavam com membros do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, das associações médicas, entre outras instituições, o que viabilizava um processo interactivo de tomada de decisões.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal também viu-se provocado a deliberar sobre diversas questões atinentes à crise do COVID-19. Como demonstra estudo realizado por Arícia Correa e Rodrigo Farias (2020), no início da Pandemia, em Abril de 2020, já tramitavam na Suprema Corte mais de 400 acções relacionadas a problemas advindos do Estado pandémico do país, tais como: a) a suspensão por 180 dias das dívidas dos Estados com a União; b) inconstitucionalidade do Calendário Eleitoral e a necessidade de Suspensão do Processo Eleitoral de 2020, ante os impactos decorrentes da crise sanitária; c) suspensão da MP 927/2020, que autoriza os empregadores a

³ A cláusula “notwithstanding” efetiva o diálogo institucional de quatro formas: (a) o legislador pode não manifestar qualquer reacção contra a decisão judicial; (b) o legislador pode editar nova Lei em conformidade com o parâmetro fixado pela Corte; (c) pode, ainda, o legislador refazer o diploma legal com leves alterações, mas sem alterar as disposições mais questionadas pela Corte; (d) por fim, com base no *override clause*, o legislador pode editar ato idêntico ao declarado inconstitucional, não obstante a autoridade da decisão judicial (CONTINENTINO, 2011).

⁴ Matéria jornalística disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/03/legislativo-judiciario-e-executivo-discutem-medidas-diante-da-emergencia-do-coronavirus>.

adoptar medidas excepcionais em razão da Calamidade Pública; d) afastamento da exigência de adequação orçamental em relação a gastos com programas destinados ao combate do coronavírus; e) suspensão dos efeitos da EC 95/2016, afastando o tecto de gastos do campo de saúde; f) suspensão de pontos das medidas provisórias que dispõem sobre transporte público municipal; g) a instituição, por decisão judicial, de renda básica mínima; h) a legalidade de publicidade nas redes sociais do Presidente da República denominada “O Brasil não pode parar”; i) a eficácia do artigo da MP 928/2020, que limitou o acesso às informações de órgãos públicos durante o Estado de Emergência em saúde pública; j) alocação de 1,6 bilhão de reais ao Ministério da Saúde para combate à Pandemia, sendo tal recurso decorrente da operação Lava Jato; k) a disseminação do coronavírus nas prisões; l) a competência dos Estados e Municípios para estabelecer medidas de combate à crise; m) pedidos para que os recursos dos Fundos Especiais de Financiamento de Campanha e de Assistência Financeira aos Partidos Políticos sejam destinados ao combate à Pandemia; n) pedidos de prorrogação e alteração dos prazos de inscrição e normas aplicáveis ao Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) do ano de 2020.

Não obstante a urgência pela solução das questões judicializadas, o Supremo Tribunal Federal não se arvorou em “dono da verdade”. Ao revés, viu-se na Corte uma postura de respeito ao Poder Executivo, às orientações emanadas dos órgãos técnicos de saúde e ao próprio Ministério de Saúde. O Supremo reconheceu a capacidade das demais instituições envolvidas na solução das questões trazidas à deliberação judicial, mormente do juízo técnico das autoridades administrativas, as quais se orientam por estudos técnicos produzidos diariamente pela comunidade científica. Isso porque exigiu que as medidas de combate à Pandemia fossem lastreadas em dados científicos ou estatísticos que os justificassem, de sorte que o acto normativo passou a contar com um novo requisito de validade: o de estar fundamentado em evidências científicas ou dados estatísticos que o legitimem perante a sociedade (CORREA; FARIAS, 2020).

Ademais, no âmbito da relação pacto federativo e combate ao coronavírus, a Suprema Corte, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundametnal n. 672/DF, reconheceu a competência concorrente de Estados e Distrito Federal e suplementar dos Municípios para tratar do combate ao coronavírus. Assim, garantiu que mais actores pudessem colaborar para a criação e implementação de soluções para a contenção da disseminação do vírus, permitindo que governos estaduais e municipais deliberassem sobre distanciamento social, suspensão de actividades escolares, horários de funcionamento do comércio, restrição à circulação de pessoas, entre outras medidas necessárias para reduzir o avanço do vírus.

A ideia de se estabelecer um diálogo, propiciou notória participação do Supremo Tribunal Federal em questões sociais importantes, tais como a flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal, na qual permitiu que as entidades federativas pudessem violar alguns dispositivos do Diploma Legal durante o Estado de Calamidade declarado em razão do avanço do coronavírus. Também foi determinante na matéria que tratava da protecção dos povos indígenas. Nesse assunto, o plenário do STF submeteu ao referendo a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, que orientou a adopção de uma política a ser adoptada pelo Governo Federal para conter o contágio e as mortes por Covid-19 entre as comunidades indígenas. Entre as medidas a serem implementadas estão a manutenção das barreiras sanitárias e a criação de comités permanentes responsáveis pelo acompanhamento das acções durante a Pandemia.

Além disso, a Suprema Corte foi desafiada a participar do debate público na matéria que envolvia a suposta ausência de um plano de imunização por parte do Governo Federal. Sendo assim, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou, em dezembro de 2020, que o Ministério da Saúde informasse, no prazo de 48 horas, a previsão de início e de conclusão da vacinação contra a Covid-19 no território nacional. O Governo apresentou o plano e o Supremo Tribunal segue analisando o teor do cronograma. A Suprema Corte também decidiu, por 10 votos a favor e 01 contra, autorizar a vacinação obrigatória no país, visando combater a propagação do contágio pelo Coronavírus. Os Ministros concluíram que a vacinação não poderá ser realizada por meio da força ou de constrangimentos aos cidadãos. No entanto, devem ser aplicadas medidas restritivas a quem se recusar a receber a dose da vacina.

É verificável, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal se colocou numa posição em que é mais um artífice no processo colectivo de construção de soluções à crise do COVID-19, pois evitou um protagonismo advindo de eventuais decisões judiciais que interviriam nas políticas desenvolvidas pelos demais Poderes e permitiu que a sociedade e seus representantes encontrassem o caminho correto.

Nessa linha, decisões no sentido de não suspender as eleições de 2020, ensejando a aprovação pelo Legislativo da EC n. 107/2020; admitir que não cabe ao Poder Judiciário estabelecer um auxílio financeiro temporário à população vulnerável, já que tal tema vinha sendo lapidado pelo Congresso Nacional e pelo Governo Federal; e reconhecer as atribuições das autoridades administrativas para estabelecer políticas de prevenção ao coronavírus nos presídios, representam uma amostra do Supremo Tribunal Federal actuando como interlocutor de um diálogo composto por diversas instituições, sendo que a própria Corte tem a humildade em reconhecer que, em determinados casos, tais instituições têm melhor capacidade para fornecer a resposta correta (CORREA; FARIAS, 2020).

Trata-se, assim, de um Judiciário que encontra no minimalismo judicial uma ferramenta para incentivar a deliberação e a construção das decisões para a crise do COVID-19 por meio de um processo dialético, dado que a interação é a fonte legitimadora de toda decisão sobre questões de interesse social, seja ela proveniente do Judiciário, do Legislativo ou do Executivo. Portanto, o silêncio do STF, verificado quando não decide certos casos por atribuir a solução a outro Poder, também deve ser visto como um convite ao diálogo, pois, como afirma Georges Abboud (2020), dialogar é também escutar e escutar significa humildade e consciência das próprias limitações institucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, foi possível anotar a considerável e notória cisão entre as esferas Política e Jurídica consagradas em razão da ideia pautada na Supremacia Constitucional, marcada pela hierarquia superior das normas constitucionais em face das demais normas do sistema. Paralelo a isso, como forma de salvaguardar a hierarquia da Lei suprema, é estruturado um Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade, cuja finalidade é garantir a compatibilidade das normas infraconstitucionais ao Sistema Constitucional vigente.

No Brasil, o conceito de Supremacia da Constituição aproximou-se de uma visão de Supremacia do Judiciário, tendo em conta que a Constituição se filiou a uma corrente substancialista de Democracia, capaz de limitar em certa medida a actuação dos Poderes representativos, afastando-se da corrente procedimentalista que incentivava a participação mais ostensiva dos cidadãos nas decisões políticas. Essa opção por uma Constituição substancialista gera uma redefinição na relação entre os Poderes da República, pois coloca o Poder Judiciário no vértice da pirâmide decisória.

A Teoria dos diálogos institucionais compartilha a ideia de que, independentemente das qualidades institucionais de cada Poder, a legitimidade da decisão judicial pode surgir de uma deliberação cooperativa, ampla e efectiva não só estabelecida pelos Poderes do Estado, mas também entre estes e a sociedade no decorrer do procedimento de construção da decisão, pois se acredita que uma separação de Poderes deliberativa alcança maior probabilidade de chegar à resposta satisfatória.

Por diversas razões, criou-se no país uma Cultura Jurídica que atribui ao Poder Judiciário a legitimidade para conceder a "última palavra" em matéria constitucional, como se tal Poder tivesse uma capacidade institucional superior aos demais para decidir sobre esses temas. O grande equívoco dessa visão está em acreditar que o circuito decisório é estanque, ou seja, que obrigatoriamente a deliberação sobre a

questão deve terminar com a tomada de decisão por parte de um órgão do Poder Judicial. Dessa forma, ao se alcançar a decisão judicial, entende-se que a deliberação sobre tal questão está cessada, ainda que a sociedade não tenha estabelecido um consenso mínimo sobre o tema decidido.

Dentre os diversos posicionamentos que estão abarcadas pela Teoria dos diálogos institucionais, tem ganhado relevância nos últimos anos a corrente que se opõe a postura judicialista maximalista, na qual magistrados buscam solucionar os problemas da sociedade com a ampliação do escopo da decisão judicial e com uma teorização excessiva. A crítica a essa postura maximalista do Judiciário é encontrada no minimalismo judicial, o qual reconhece que, em certos momentos, o Poder Judiciário deve adotar uma postura mais modesta, tendo em vista a limitação de suas capacidades interpretativas, o que possibilita a necessidade do diálogo com outros poderes e com outros atores sociais.

No contexto de judicialização exacerbada em razão da crise proporcionada pela Pandemia da COVID-19, observa-se um comportamento colaborativo do Poder judiciário junto não só ao Executivo e ao Legislativo das mais distintas entidades federativas para a solução de determinados conflitos gerados pelo Coronavírus, mas também com outros actores sociais, afim de que a sociedade em seu conjunto seja protagonista (e não apenas o Judiciário) na melhor efectivação das Políticas Públicas que circundam o contexto pelo qual estamos enfrentando. Alguns factos e exemplos narrados demonstram que magistrados e as Cortes constitucionais podem exercer um papel de interlocutores nos diálogos para resolução dos problemas advindos da Pandemia do COVID-19.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Como decidir em tempos de crise? **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 30 de abril de 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/como-decidir-tempos-crise/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2021.

ALMEIDA, Ândreo da Silva; APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. O diálogo como alternativa às teorias da última palavra em conflitos de direitos fundamentais. In: **II Encontro Virtual do CONPEDI**, Florianópolis, 2020, p. 58-78.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 23-50.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988?, **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 03, 2019, p. 1769-1811.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics, 2^o ed., New Hean: Yale University Press, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A Notwithstanding Clause e a Constituição do Canadá. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, IDP, Ano 04, 2011.

CORREA, Arícia Fernandes; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Pandemia e judicialização da crise: a necessidade de diálogo institucional e da observância da medicina baseada em evidências. **Revista ESDM**, Porto Alegre, v. 6, n. 12, 2020, p. 67-83.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 198, out./dez. 1994, p. 1-17.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (ed.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2014, p. 159-185.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009, p. 95-133.

SILVA, Cecília de Almeida. **Diálogos institucionais e ativismo**, 1ª edição, 2ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, Cass R.. **A constituição parcial**, tradutores Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli, Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R.; MELO, Manuel P. Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

IMPLICAÇÕES JURIDICO- PRÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE CALAMIDADE

Barbosa Morais

IMPLICAÇÕES JURIDICO-PRÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE CALAMIDADE

Barbosa Morais¹
barbomora@gmail.com

INTRODUÇÃO

O novo Coronavírus, responsável pela Pandemia de COVID-19 criou uma nova realidade para o Mundo e para Moçambique em especial, estando a produzir efeitos maléficos em todas as esferas social e económica. Nesta reflexão pretendemos compreender se os efeitos nocivos da Pandemia se acentuam no domínio Jurídico-constitucional, e se, eventualmente, repercutem-se na abertura de lacunas no âmbito das medidas a serem tomadas para salvaguardar a saúde pública. Porém, pretende-se verificar se as mesmas podem ter consequências negativas no plano da estabilidade e segurança jurídicas. Segundo o exposto, há que ter em atenção o binómio Estado de Emergência, com a “Situação de Calamidade Pública *vs* Estado de Direito em Tempo de Pandemia (COVID-19).

Tendo em atenção os pressupostos apontados no parágrafo anterior, pretendemos focalizar a nossa abordagem na análise prático - jurídica para encontrar os pilares constitucionais que assentam os efeitos da declaração de Estado de Calamidade Pública. Embora o Estado de Direito possui um sistema de controlo para situações de emergência, neste período de Pandemia (COVID-19), há possibilidade de Direitos e Garantias sofrerem restrições temporárias, ou seja, suspensão.

A situação de Estado de Emergência prevista e regulada na Constituição da República de Moçambique nos Artigos 290º e seguintes, declarada no País, com fundamento em motivo de Saúde Pública, destina-se, exclusivamente, a assegurar a

¹ Doutor em Direito (Direito Público), JurisConsulto e Docente Universitário.

eficácia das medidas de contenção da propagação do novo coronavírus, observando-se sempre os devidos critérios de proporcionalidade e de adequação.

Há um entendimento que subjaz da importância dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático (Art. 3º da CRM), onde a *lex Fundamentalis* garante a sua máxima protecção. Todavia, a CRM prevê também situações excepcionais nas quais suspende alguns dos direitos do seu catálogo de direitos fundamentais (nº 2, do Art. 290º).

No corolário dessas medidas, o Presidente da República decretou, "Situação de Calamidade Pública" em todo o Território Nacional, por Tempo Indeterminado, com efeito a partir de 00h00 do dia 07 de Setembro, de 2020, que constitui o culminar das medidas de prevenção e combate à COVID-19, em curso desde Março de 2020.

A "Situação de Calamidade Pública" foi aprovada, por Decreto, durante a 32ª Sessão Ordinária do Conselho de Ministros. O Documento define as medidas para conter a propagação da pandemia, como "a validade dos acordos de supressão de vistos entre o Estado moçambicano e outros Estados, em regime de reciprocidade"; o Cadastro Electrónico e a Prova de Vida Biométrica presencial dos funcionários e agentes do Estado, retoma de todos os voos de transportes de passageiros para determinados países, também em regime de reciprocidade, no dia 01 de Outubro, início das aulas da 12ª classe no Ensino Público, a frequência às praias, mas não para a prática de desportos de grupo, realização de espectáculos e diversão em meio ao consumo de bebidas alcoólicas, alargamento do número de pessoas, de 30 para 40 pessoas. Nas igrejas, os crentes não podem ser acima de 50% da capacidade das instalações. "O limite máximo são 150 pessoas", dependendo da capacidade de cada igreja. E fortificar o uso da máscara em todos os locais públicos.

Dos pressupostos aludidos nos parágrafos anteriores, demonstram que a declaração do estado de calamidade ou "situação de Calamidade", pode ser feita quando, face à ocorrência ou perigo de ocorrência de um evento anormal provocado por uma catástrofe de grande dimensão, que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial de capacidade de resposta do poder público tal como definidos na Lei (cfr., o nº 1 do art. 34 da Lei nº 10/2020, de 24 de Agosto), e à sua previsível intensidade, é reconhecida a necessidade de adoptar medidas de carácter excepcional destinadas a prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas pelos seus efeitos, em conformidade com a Lei de Gestão e Resolução do Risco de Desastres (cfr., o art. 34 da Lei nº 10/2020, de 24 de Agosto). Nesta amplitude, a declaração da situação de calamidade pode estabelecer, dentre as várias medidas (i) a limitação ou racionalização na utilização dos serviços públicos de abastecimento de água, energia, combustíveis, lubrificantes, bem como o consumo de

bens e serviços da primeira necessidade (al. f) do nº 6 do art. 34 da Lei 10/2020 de 24 de Agosto); (ii) determinar a mobilização civil por determinados períodos de tempo certos, por zonas territoriais ou sectores de actividade, caso se mostre necessário (al. h) do nº 6 do art. 34 do Diploma em referência); (iii) usar de forma proporcional os meios coercivos apropriados para garantir o cumprimento das medidas (al. i), do nº 6 do art. 34 do mesmo Diploma Legal).

Tendo em atenção as vicissitudes expostas, aprima-nos buscar resposta ou melhor entendimento das questões que pairam no campo de direito, como as Implicações Jurídico - Prático dos Direitos Fundamentais em Estado de Calamidade. No centro disso, pretendemos trazer respostas das inquietações sobre eventuais ameaças que podem advir ou advém da situação de Calamidade no âmbito dos Direitos Fundamentais. Certamente a ideia é compreender se o actual estágio de calamidade pública também se insere no nosso sistema constitucional de resolução de crises, se entendermos que a *Lex fundamentallis* expressamente faz referência ao estado de Sítio e de Emergência (art. 290 da CRM). Porém, deve-se admitir que estes dois postulados constitucionais, que se baseando em situação de anormalidade e urgência, não deixam de ser uma excepção, se percorremos nos princípios basilares de um Estado Constitucional de Direito (arts 2 e 3 da CRM).

A presente reflexão tem como objectivo geral analisar as implicações jurídico-práticas da declaração da situação de calamidade pública no âmbito dos direitos fundamentais.

Para a concretização da presente abordagem, foi necessário um suporte bibliográfico com recurso dos métodos documental e hermenêutico. A discussão do problema proposto teve como técnica a triangulação, partindo dos elementos empíricos provenientes de diversas fontes em alusão no presente texto e trazemos a sua correlação doutrinal e posteriormente tirar ilações em relação ao fenómeno em reflexão. É nesta perspectiva que a nossa abordagem inicia discussão à volta dos direitos fundamentais em estado de calamidade, de forma a trazer um entendimento à volta das implicações daqueles direitos no âmbito da declaração do estado de calamidade. Em seguida avançamos numa perspectiva indagativa no que tange a hipótese de a declaração do estado de calamidade ser uma ameaça aos direitos fundamentais. Obviamente, culminamos nas considerações finais.

1. CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A protecção de direitos subjectivos de homem é designada sob diversas formas, tais como “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”. Pode-se admitir que esta diversidade de

designações ou expressões não se confundem, embora estejam estreitamente relacionadas.

Corroborando com os ensinamentos do Joaquim José Gomes Canotilho, os direitos fundamentais “são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e protegidos como tais pela ordem constitucional de um estado. Desta feita, estamos perante as normas jurídicas vinculativas, protegidas através de controlo jurisdicional da constitucionalidade dos dispositivos reguladores destes direitos” (Canotilho, 2007, 372). Isto demonstra que os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos pelo facto de estes serem reconhecidos internacionalmente ao ser humano considerado como tal, mas sem qualquer vinculação estatal. No nosso entendimento os direitos fundamentais são positivados, sendo colocados no vértice do sistema. É nesta perspectiva que “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental rights* colocados no cumeiro das fontes de direito: as formas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos de homem são esperança, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional” (2007:371).

Partindo do palafraçado do José Canotilho, somos de entendimento de que os direitos fundamentais são determinados positivamente e protegidos especialmente por normas do nível mais elevado, isto é, plasmados na *Lex Fundamentallis*.

Para Jorge Miranda “a locução direita fundamentais” tem sido nas últimas décadas a preferida pela doutrina e pelos textos constitucionais para designar direitos das pessoas frente ao estado que são objecto da Constituição”. O autor em alusão refere ainda que os direitos fundamentais, radicam no Direito natural (ou, se se preferir, em valores éticos ou na inteligência jurídica comunitária), de tal sorte que são tidos como limites transcendentais do próprio poder constituinte material (originário) e como princípios axiológicos fundamentais (2000: 48 – 51).

Importante reter que os direitos fundamentais estão correlacionados com outras figuras subjectivas e objectivas. É nesse âmbito que os direitos fundamentais não devem ser desprendidos da organização económica, social e cultural da organização política, exercem aí um importantíssimo papel dinamizador, projectam-se fortemente sobre uma e outra. Ainda no âmbito desse corolário, Jorge Miranda (2000: 48-51), aponta que os direitos fundamentais presentes na generalidade das constituições do século XX, não se reduzem a direitos impostos pelo Direito natural. Há muitos outros: direitos do cidadão activo, do trabalhador, do administrado, etc. Há direitos

conferidos a instituições, grupos ou pessoas colectivas: direito das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos. Muitos são direitos pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionalismos do respectivo país.

Podemos admitir que os direitos que as constituições definem constitucionalmente como direitos fundamentais são aqueles que têm maiores possibilidades de serem efectivados, diante dos mecanismos jurídicos existentes nos ordenamentos que os contemplam. Porém, a efectiva realização dos direitos fundamentais é uma das grandes questões que apresentam na sociedade contemporânea, e que a nossa realidade não é excepção. Nesta perspectiva, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. Outrossim, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, que se circunscreve na vontade política para a sua efectivação. Partindo dessa premissa, somos de entendimento que as principais dificuldades encontradas na actualidade no processo da efectivação dos direitos fundamentais, por parte dos estados, não estão em sua previsão normativa, mas na implementação das normas existentes, ou seja, no processo de concretização das normas existentes, essencialmente as de carácter constitucional.

Para José Joaquim Canotilho, direitos fundamentais referem-se aqueles direitos inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida política; as liberdades, à defesa esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos, e as garantias ou meios processuais adequados para a defesa dos direitos” (2007:371).

Partindo das posições conceptuais avançadas, entendemos que os direitos fundamentais se encontram no topo ou nível mais alto do direito positivo, gozando de prerrogativas e tendo instituições que devem concretizá-los em garantias de forma que se estabeleça uma convivência social digna, livre e igual de todas as pessoas. Realçar que os direitos fundamentais se relacionam directamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível do direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Ressaltamos que, nessa reflexão, a nossa intenção não se consubstancia na classificação dos direitos fundamentais, ou melhor discutir a essência das três gerações que compõem os direitos fundamentais, como sejam Os direitos da primeira geração (direitos civis e políticos) – compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais (realçam o princípio da liberdade); os direitos de segunda geração (direitos económicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas reais

ou concretas- acentuam o princípio da igualdade, os da terceira geração materializam poderes de titularidade colectiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indispensáveis, como tem sido abordado por vários doutrinários, como seja Alexandre Moraes (2007: 24). Mas apregoa-nos depreender que os direitos fundamentais constituem a base lógica e axiológica de um ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais de um Estado, pode depreender-se quais os seus valores básicos, ao verificar quais direitos foram considerados essenciais àquela sociedade em concreto. Afinal, segundo Norberto Bobbio, citado pelo Vasconcelos Gomes, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (2007: 17).

Apesar da determinação constitucional de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais e dos instrumentos processuais existentes visando a sua garantia, a efectivação desses direitos é um processo contínuo, e que depende em grande parte do exercício da cidadania. É nessa base que Norberto Bobbio acentua que “a efectivação de maior protecção dos direitos de homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de não o resolver, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão.

Na locução do Bobbio, aludimos que para a real efectivação dos direitos fundamentais é necessário que se faça primeiramente aproximação acerca das características dos direitos fundamentais e a sua forma de aplicação, para depois engendrar nas características específicas do direito fundamental.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

Nos ensinamentos do Jorge Bacelar Gouveia, os direitos fundamentais em Moçambique, reflectem vários equilíbrios e estão nitidamente filiados na herança cultural ocidental em matéria de direitos fundamentais, como o apelo conjunto às diversas teorias, como sejam: (1) a teoria socialista, plasmadas nos sistemas constitucionais de inspiração soviética, em que os direitos fundamentais, de cunho social e económico, se colocavam ao serviço de uma ideologia única e de uma ditadura colectivista de extrema-esquerda; (2) na teoria fascista, os direitos fundamentais assumia uma relevância social – corporativa, indexados ao estado segundo uma

concepção organicista do poder político, com ausência do pluralismo político, ainda que se consagrando direitos de natureza económica e social; (3) a teoria social, em directa decorrência da questão social e do intervencionismo económico e social, defendendo a existência de direitos sociais, num contexto de sistema político democrático pluralista e de economia de mercado, se bem que socialmente limitado por diversos mecanismos de intervenção pública, (4) a teoria democrática, fundada numa certa obsessão na Alemanha do pós – guerra, com a preservação, por dentro, da democracia política, depois do trauma que o regime nacional – socialista infligiu na sociedade alemã (2015:311).

Os direitos fundamentais são as posições subjectivas constitucionalmente positivadas em normas preceptivas. Enquanto as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais têm natureza programática (aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata), oferecendo uma menor vinculatividade em relação à força inerente às normas preceptivas (aquelas de eficácia imediata ou pelo menos de eficácia não dependente de condições institucionais ou de facto). Contudo, somos de entendimento de que o critério de separação entre estes dois grupos de direitos fundamentais é normativo – formal.

Numa lógica formal, a protecção dos direitos fundamentais coloca o problema da sua força vinculativa na constelação geral dos direitos subjectivos públicos. Nisso, se são direitos fundamentais, de acordo com o conceito que os substancia, isso implica que tais posições jurídicas oferecem uma relação singular com o texto constitucional: uma relação de inserção na Constituição que estrutura cada Estado (Gouveia, 2015).

Se os direitos fundamentais estão inseridos no texto constitucional, obviamente ostentam uma força vinculativa constitucional, que lhes é dada pelo carácter Constitucional das fontes normativas que os consagram, que derivam do Ordenamento jurídico-constitucional. Porém, é prevalecente a seguinte questão: que mecanismos constitucionalmente concebidos no Ordenamento Moçambicano para a protecção dos direitos fundamentais contra as possíveis violações a que sejam alvos?

Na tentativa de encontrar uma resposta a volta da questão, recorreremos ao Jorge Bacelar Gouveia que nos explica que “a posição jurídica – constitucional dos direitos fundamentais, bem como a tipificação e a abertura da respectiva positivação, são elementos cruciais na obtenção de um desiderato de efectividade desses mesmos direitos fundamentais” (2015:330-331). Contudo, “sem a implantação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivação poderia passar do papel e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício desses seus direitos” (2015:331). Desta feita, somos de entender que a protecção dos direitos fundamentais não se confina com a mera

existência na grelha constitucional, mas sim criar mecanismos viáveis para a sua protecção, e sobretudo a sua efectivação.

O Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais contra ameaças ou ataques provindos de terceiros. Daí toda uma necessidade de pôr em prática esse dever. Nesse corolário, é imperioso que o Estado, na esteira da sua obrigação, deva estabelecer mecanismos da mediação do legislador ordinário, mas também, em caso de omissão deste, através da actuação autónoma do poder judicial ou da Administração, a uma actuação normativa, judicial ou fáctica, tendente a garantir os bens e as actividades protegidas de direitos fundamentais, mas também contra agressões não estatais, ou seja, contra intervenções de terceiros (particulares e entidades públicas).

Esta obrigação de protecção é uma consequência primária da atribuição do Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade enquanto ordem de paz, onde a autodefesa dos particulares é, um princípio vedado, donde decorre que, em contrapartida, o Estado que reivindica esse monopólio tem que garantir a protecção dos seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros.

Corroborando com Jorge Reis Navais, o dever de protecção do Estado fundamenta-se juridicamente, no que se refere ao dever de protecção dos bens *jus* fundamentais, não apenas na vinculação geral de todos os órgãos estatais pelos direitos fundamentais, mas também na dimensão jurídico-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos que dela decorrem (2010: 88-89).

De forma geral podemos ilidir que o dever de protecção dos direitos fundamentais se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE CALAMIDADE

Em 24 de Agosto de 2020 entra em vigor a Lei nº 10/2020, decretando o estado de calamidade pública em Moçambique. Estado de calamidade pública sendo uma medida legal, descrita pelo referido diploma legal em referência, constitui-se em uma situação anormal de grandes proporções e com graves consequências, em todas as situações dos cidadãos, mexendo, contudo, o âmbito dos direitos fundamentais. O importante a frisar no âmbito da decretação, é a forma mais ajustada de controlar os efeitos danosos da situação anormal da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), legitimando juridicamente medidas de prevenção da pandemia.

A questão em indagativa que por sinal o foco de análise da presente abordagem circunscreve-se na busca de entendimento relativo às consequências que possam advir no âmbito dos direitos fundamentais após a decretação da situação de calamidade pública. Isto é, perceber se as medidas jurídicas editadas, não ameaçam os direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, caso dos direitos fundamentais individuais e colectivos (e.g. os Arts 51º, 54º, 55º todos da CRM). Outrossim, no Art. 56º do mesmo Diploma Legal, observamos a protecção dada pelos constituintes de 2004, aos direitos fundamentais, no que tange as garantias individuais. Isto demonstra que os direitos fundamentais são construídos, gradativamente, obtendo e agregando conquistas, mas também cedendo ou diminuindo seu alcance, para atender a situações em que o interesse colectivo predomina, objectivando um valor maior e mais abrangente.

A maleabilidade dos direitos fundamentais está aprisionada, respeitando posições diversas, a três hipóteses: para incorporar as mudanças sociais constantes; para atender, por tempo determinado, a uma situação grave e de grande abrangência, nesse caso apenas com o aval do Poder Legiferante; quando a própria Constituição já prever uma restrição no exercício desse direito (cfr., nº 2 do Art. 56º da CRM). É nessa perspectiva que constitucionalistas como Luís Roberto Barroso diz que “Normas de direito fundamental ora se apresentam com estrutura de regra, ora de princípios. Muito frequentemente terão a natureza de princípios, o que significa que podem sofrer restrições, podem ter de ceder parcial ou inteiramente diante de certas situações fáticas ou jurídicas e estarão sujeitas à ponderação com outros direitos fundamentais ou interesses colectivos” (Barroso, citado em Maria Ribeiro, 2020: 493).

Certamente, da análise da Constituição Moçambicana, podemos ilidir que o sistema dos direitos fundamentais não pode ser compreendido como um sistema lógico-dedutivo, autónomo e auto-suficiente, mas sim como um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimento, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante. Nessa perspectiva, a flexibilização nos direitos fundamentais, no caso vertente em Moçambique, advém por Lei (Lei nº 10/2020, 24 de Agosto), que estabelece o Regime Jurídico de Gestão e Redução do Risco de Desastres - Calamidade Pública, redigido em carácter de urgência, com vista torná-la consentânea com os desafios impostos pelos riscos e desastres e pela necessidade de construção de resiliência aos eventos extremos.

Os direitos fundamentais são direitos inerentes a todas as pessoas humanas, sem restrições e positivados na Constituição (Arts 35º-95º). Fazendo uma vista grossa na Lex Fundamentallis, dá-nos o entendimento que os direitos fundamentais albergam todos os ramos do Direito e visam assegurar uma existência digna, igual e livre a todos para a plena realização das potencialidades do ser humano. É nesse quadrante que os

direitos fundamentais são “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. (...) princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico” (Barroso, *ibidem*).

Não existe hierarquia entre os direitos fundamentais. Em todas as dimensões, eles protegem valores independentes e indivisíveis. A importância desses direitos é indispensável à existência das pessoas e por isso são inalienáveis, intransferíveis, inegociáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e universais. Porém não são absolutos. Este pressuposto é concordante do ensinamento Canotilho e Sarlet, citados por Ribeiro Maria Ariadna da Rocha, quando apregoa que os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos individuais que exigem a abstenção do Estado, portanto têm carácter negativo. Nessa dimensão estão incluídos o direito à vida – o maior direito fundamental – segurança, liberdade de pensamento, voto, crença, justiça, propriedade privada e circulação entre outros. Os de segunda dimensão devem ser formulados pelo Estado por meio de políticas públicas de justiça distributiva. O Estado passa a ter responsabilidade para a concretização de um ideal de vida digna na sociedade. Aqui estão o direito à Saúde, ao Trabalho, à Educação, à Habitação, à Greve, ao Lazer, ao Repouso, ao Saneamento, à Livre Associação Sindical, dentre outros. Ou seja, direitos sociais, económicos e culturais. Na terceira dimensão dos direitos fundamentais, que surgiram após a II Guerra Mundial, com o advento do Estado Social, estão aqueles relacionados aos valores de Fraternidade ou Solidariedade, ao Desenvolvimento ou Progresso, ao Meio Ambiente, à Comunicação, à Autodeterminação dos povos, ao Direito de Propriedade sobre Património comum da humanidade. Estes são considerados direitos colectivos por excelência por estarem voltados a toda a Humanidade.

Com a declaração de situação de calamidade pública, os direitos fundamentais estão, ainda que por tempo determinado, maleáveis e em choque. Nesse corolário, acentuamos que o Direito à Vida é, sem dúvida, o mais importante, o principal direito fundamental, devendo prevalecer sobre qualquer outro, daí a razão que, no momento desta pandemia, levou à edição dos seguintes Decretos Presidenciais: a) Decreto Presidencial nº 11/2020, de 30 de Março, que decreta o Estado de Emergência em todo o Território Nacional, com duração de 30 dias (1ª vez); b) Decreto nº 12/2020, de 29 de Abril, ratificado pela Lei nº 4/2020, de 30 de Abril; c) Decreto Presidencial nº 14/2020, de 28 de Maio, ratificado pela Lei nº 6/2020, de 29 de Maio (2ª vez); d) Decreto Presidencial nº 21/2020, de 26 de Junho, ratificado pela Lei nº 8/2020, de 29 de Junho (3ª vez); e) Decreto nº 51/2020, de 1 de Julho e que revoga o Decreto nº 36/2020, de 2 de Junho.

O Direito à Vida arrasta consigo o Direito à Saúde, que exige o Direito à Educação e ao Trabalho. Estes, por sua vez, que puxam o Direito à Liberdade de Circulação. Todos estes direitos vão se aglomerando, garantindo a cidadania. No momento actual, estamos limitados, em alguns direitos e até deveres, em face das normas advindas da Lei de Gestão e Resolução do Risco de Desastres que integra a Situações de Calamidade Pública, incluindo Pandemias (Lei nº 10/2020, de 24 de Agosoto).

Muitas instituições e serviços no ramo de Comércio, indústria, construção civil, instituições de ensino, e outras, reduziram a forma normal da sua funcionalidade, e outros funcionando com o de Horário reduzido e com restrição de acesso, de forma a minimizar os efeitos devastadores da Pandemia da COVID -19. Como consequência, aparecem e aumentam grandes problemas como, por exemplos, as demissões de trabalhadores nalgumas carreiras e categorias profissionais, o aumento dos níveis de desempregos e a redução salarial ou mesmo a suspensão de contrato de trabalho; carências alimentares sobretudo para as camadas mais pobres cuja maioria sobrevive do mercado informal, insuficiência de recursos financeiros e materiais, principalmente para área de Saúde. São problemas que vêm agravando os desafios sociais e económicos de Moçambique, senão do Mundo. É facto, pois, que a Pandemia do Covid 19 afectou uma boa parte dos direitos fundamentais. Estes factos dão-nos o entendimento que direitos de primeira geração estão suprimidos. Os direitos fundamentais de primeira geração ou de primeira dimensão, são os direitos individuais com carácter negativo por exigirem directamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. Alguns exemplos de direitos fundamentais de primeira geração são: o Direito à Vida, à Liberdade, à Propriedade, à Liberdade de Expressão e de Reunião, à Participação Política e Religiosa, à Inviolabilidade de Domicílio, de entre vários.

A livre iniciativa permite que os cidadãos desenvolvam actividades comerciais. Porém, os decretos determinam que fiquem fechados. Ao fechar tantos ramos de comércio e limitar os acessos, restringe-se o direito de circulação. Por que não podemos circular livremente, abrir nossos estabelecimentos comerciais, manter a rotina de trabalho, praticar o desporto de forma colectiva ou ainda conviver com os amigos e familiares? Porque, no momento de uma pandemia, foi necessária a decretação do estado de calamidade, legitimando o Estado a editar normas, que afectam os direitos fundamentais, para o bem maior que é a própria sobrevivência de todos os cidadãos. A protecção do bem maior – a vida.

4. ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA AMEAÇA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para dar resposta à principal questão de partida da nossa reflexão, prima-nos afirmar que o Estado moçambicano saiu do Estado de Emergência para situação de Calamidade Pública. Mas, que significa a saída de uma situação de Emergência para a situação de Calamidade? Cabe-nos ter a resposta demarcando as destrições entre os dois institutos: Assim: O Estado de Emergência, é declarado pelo Presidente da República (PR) em caso de Calamidade Pública, após o parecer favorável do Governo e a aprovação pela Assembleia da República (AR), (nº 1 do Art. 293º da CRM) e; determina a Suspensão ou Limitação parcial dos Direitos Fundamentais, na medida necessária para enfrentar a situação (295º da CRM); aplica-se à parte ou a Todo o Território Nacional e não pode durar mais de 30 dias (nº 2 do Decreto Presidencial nº11/2020 de 30 de Março). Já a Situação de Calamidade é declarada pelo Governo face ao risco ou à ocorrência de Catástrofes ou ameaças sérias ao Bem Público ou à Saúde Pública. As medidas, em todos os casos, devem ser adequadas e proporcionais ao Perigo em causa, seja potencial ou actual, conforme preconiza a Lei (al., do nº 6 do Art. 34º da Lei nº 10/2020).

A Situação de Calamidade, em vigor em Moçambique, declarada pelo Presidente da República no contexto da pandemia da Covid-19, a partir de 7 de Setembro de 2020, surgiu face à sua previsível intensidade, e à necessidade de adoptar medidas de carácter excepcional para Prevenir, Reagir ou Repor a normalidade das condições de vida dos cidadãos. Porém, enquanto durar o Estado de Calamidade, foram mantidas as medidas gerais de prevenção e Combate à Pandemia, como sejam: “as medidas de Quarentena, Isolamento, Internamento, tal como a Redução das visitas aos internados nos estabelecimentos hospitalares ao máximo de duas pessoas por dia por cada doente, sendo interditas as visitas aos infectados”.

Foram também mantidas medidas de limitações de desembarque dos tripulantes dos navios. Estes só podiam desembarcar para a zona Portuária e só podiam sair da área Portuária por razões de Saúde. As salas de cinema e jogos continuaram encerradas, à excepção dos casinos. Os bares e barracas que vendem bebidas alcoólicas continuaram fechados” (Portal do Governo, 2020). Moçambique, sendo um Estado de Direito (Art.3º da CRM), possui um sistema de controlo para situações de emergência, que abre, por força da própria Constituição, a possibilidade de os Direitos e as Garantias Fundamentais sofrerem restrições temporárias (293º CRM). Decorrente disso, os Direitos e as Garantias jamais poderão ser considerados absolutos, sendo tratados como excepção em momentos de crises. Isto porque o Estado de Direito, em um Estado contemporâneo, é posto como Tutor dos direitos e das garantias fundamentais, com vista alcançar o Bem Comum, como alude Alexandre da Costa

(2013). Para alcançar o Bem Comum, segundo refere o autor, é importante demonstrar que existe Estado onde as crises, as anormalidades e os conflitos estão ausentes, sendo necessário a menção institucional de mecanismos que o faça resistir às intempéries.

A Constituição moçambicana consagra, para os cidadãos, determinados Direitos, Liberdades e Garantias fundamentais cujo seu exercício e gozo só podem ser restringidos e limitados, em decorrência de situações concretas que a própria Constituição determina (Art.72º). É nessa perspectiva que o reconhecimento oficial de um Estado de Calamidade Pública configura um motivo de força maior, sendo uma condição incontestável de restrição ou suspensão no exercício dos direitos fundamentais.

Há um leque de direitos que estão em colisão com as normas emanadas no âmbito da Lei que determina a situação de Calamidade Pública, bem como deveres que entram em choque com a supressão de direitos: (i) limitar ou racionalizar a utilização dos serviços públicos de Abastecimento de Água, Energia, Combustíveis e Lubrificantes, bem como o consumo de bens e serviços de primeira necessidade (al., f) do nº 6 do Art. 34º da Lei 10/2020, de 24 de Agosto); (ii) proceder à aquisição de bens e serviços de carácter urgente, usando regras excepcionais, nos termos da legislação aplicável (al., g) do nº 6 do Art. 34º do mesmo diploma legal); (iii) determinar a mobilização civil por determinados períodos de tempo certos, por zonas territoriais ou sectores de actividade, caso se mostre necessário; iv) usar de forma proporcional os meios coercivos apropriados para garantir o cumprimento das medidas (al., i) do nº 6 do art. 34º da Lei em referência).

O leque de direitos que estão colisão não implica inconstitucionalidade, pois são medidas jurídicas que visam salvaguardar o Estado na situação de Calamidade Pública. Sublinhar, no entanto, que não há dúvida de que, se estivéssemos vivendo dentro da normalidade, tais medidas seriam total, formal e materialmente inconstitucionais, por violarem muitos direitos fundamentais. A justificação para a não inconstitucionalidade está no facto de a Crise Sanitária advinda do coronavírus (COVID-19), estar a encobrir, de forma excepcional, a Tolerância das restrições desses direitos fundamentais, para a preservação dos Direitos à vida e à Saúde, menos individual e mais colectivamente considerados. Quanto mais durar a situação de Calamidade Pública, mais haverá conflito entre a protecção à Saúde e à Economia, que são deveres constitucionais do Estado.

É importante frisar que a Matéria sobre a Restrição dos Direitos Fundamentais não é apenas do Direito Pátrio, mas também podemos encontrar a mesma matéria revista no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, estabelecendo a possibilidade de restringir estes direitos, de acordo com os

pressupostos específicos determinados no seu Art. 4.º, ao estabelecer que “em tempo de uma Emergência Pública que ameaça a existência da Nação e cuja existência seja proclamada por um acto oficial, os Estados Partes no presente Pacto podem tomar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações previstas no presente Pacto, sob reserva de que essas medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações que lhes impõe o Direito Internacional e que elas não envolvam uma discriminação fundada unicamente sobre a Raça, a Cor, o Sexo, a Língua, a Religião ou a Origem Social (nº 1).”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realmente não se pode descurar das implicações jurídico-prático no que concerne à Declaração Oficial da situação de Calamidade Pública no âmbito dos Direitos Fundamentais. Essas implicações são as que tange nas restrições ou suspensões ou mesmo limites aos Direitos e Garantias Fundamentais, mas que não decorrentes a nenhuma inconstitucionalidade, mas sim medidas preventivas contra a situação da anormalidade para proteger o bem comum. É nessa amplitude que a Lei Fundamental já dispõe que “o Estado de Sítio e de Emergência só podem ser declarados, [...] ou de Calamidade Pública (290º CRM). É nesta perspectiva que há legitimidade por parte do Estado em editar normas, que afectam os Direitos Fundamentais, para o Bem maior que é a própria sobrevivência de todos os cidadãos. A protecção do Bem maior – a Vida. Outrossim, determinar a restrição a um Direito Fundamental não é a mesma coisa que densificar ou determinar o seu conteúdo. Porém, vários dos Direitos Fundamentais necessitam de uma Lei para a determinação do seu conteúdo ou para a sua operacionalização, constituindo essa concretização do conteúdo um instrumento de grande importância para garantir a eficácia plena dos Direitos Fundamentais perante os poderes públicos.

A restrição aos direitos fundamentais, por via Legislativa, encontra-se regulada na própria Constituição. Entendeu o legislador constituinte ser necessário determinar, a nível constitucional, os requisitos ou pressupostos a que a restrição aos direitos fundamentais deve obedecer (295º CRM). O que implica serem limites impostos pelo próprio legislador constitucional à determinação das restrições aos direitos fundamentais.

Desta forma, o Estado deve, efectivamente, concretizar as funções consagradas constitucionalmente, adequando cada vez as necessidades do quotidiano do cidadão, e deve com maior destaque efectivar as Políticas Públicas nas áreas de Saúde, que por meio de seu sistema tem prestado relevante serviço, enfrentando a COVID-19, bem como o Papel Normativo e Executor das medidas sanitárias.

Finalizando, ressaltamos que todos devemos empenhar esforço colectivo, de fiscalizar o processo de aplicação da Lei de calamidades que integra a situações de Calamidade Pública, incluindo Pandemias. O exercício dos direitos fundamentais, principalmente os da solidariedade e fraternidade é fundamental, em especial em um País com as diferenças socioeconómicas e culturais como o nosso.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Alexandre. **O Estado de Direito e as Restrições aos Direitos e Garantias Fundamentais no Estado de Emergência**. Dissertação de Mestrado, Itajai – SC, 2013, p.144. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Alexandre%20Baumgratz%20da%20Costa.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

GOMES, Daniela Vasconcelos. **A Importância do Exercício da Cidadania na Efectivação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**. Dissertação de mestrado, Universidade de Caxias do Sul, 2007, p.17. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067662.pdf>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2020.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Moçambique**. Lisboa/Maputo: IDiLP, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais, 3. ed. Revista e Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NAVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, Giuliano Campos. **Calamidade Pública: Ponto de Inflexão no Direito Público Brasileiro**. Voz do Associado, ANPM, Julho de 2020. Disponível em: <<https://anpm.com.br/voz-do-associado/calamidade-publica-ponto-de-inflexao-no-direito-publico-brasileiro>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique (2004)**. Publicado no Boletim da República, 1ª Série – nº 51, de 22 de dezembro de 2004.

_____. Lei nº 10/2020, de 24 de Agosto - **Lei de Gestão e Redução do Risco de Desastres**. publicado no Boletim da República, 1ª Série nº 162, de 24 de agosto de 2020.

_____. **Comunicação à Nação da sua Excelência Filipe Jacinto Nyusi, Presidente da República de Moçambique, sobre o novo Estado de Emergência no âmbito da Pandemia do Coronavírus – COVID-19**, Maputo, Agosto de 2020. Disponível em: <[https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Imprensa/Comunicados/Comunicados-do-Conselho-de-Ministros/Comunicados-2020/\(offset\)/30](https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Imprensa/Comunicados/Comunicados-do-Conselho-de-Ministros/Comunicados-2020/(offset)/30)>. Acesso em: 30 de setembro de 2020.

RIBEIRO, Maria Ariadna da Rocha. Direitos Fundamentais de Calamidade. **Justiça & Cidadania**, edições 237, 10 de Maio de 2020. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/direitos-fundamentais-em-estado-de-calamidade/>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

**REFLEXÕES SOBRE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE
ENFRENTAMENTO À
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E
FAMILIAR CONTRA AS
MULHERES NO BRASIL EM
TEMPOS DE PANDEMIA DA
COVID-19**

*Elita Morais Dorvillé
Elaine Pimentel*

REFLEXÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

Elita Morais Dorville¹

Elaine Pimentel²

INTRODUÇÃO

O isolamento social imposto pela pandemia da covid-19 foi uma Medida Sanitária fundamental para minimizar o avanço da contaminação pelo coronavírus, em todo o mundo. No entanto, a radical mudança vivenciada no mundo do trabalho e nos campos educacionais, nesse período, exigiram uma redefinição do espaço doméstico, que passou a ser o próprio local de trabalho e de estudo, levando a um convívio cotidiano mais intenso e, em muitos casos, mais conflituoso. A isso se soma a grave crise econômica vivenciada com as limitações ao comércio e ao entretenimento, o que levou também a dramas familiares, com expressivo aumento do consumo de álcool, fatores que, juntos, influenciam diretamente nas práticas de violência doméstica contra mulheres.

A violência contra as mulheres, no Brasil, é uma das expressões da violência de gênero, que se sustenta nas desigualdades históricas entre homens e mulheres. No

¹ Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (2019). Advogada do Centro de Defesa dos Direitos da Mulher (CDDM). É membro dos grupos de pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico, do Núcleo de Estudos sobre Violência em Alagoas (NEVIAL) e do Núcleo de Estudos de Políticas Penitenciárias (NEPP). É professora da UNINASSAU e da Estácio-Maceió. Coordenadora da Liga Acadêmica de Direitos Humanos e Criminologia da UNINASSAU.

² Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (2011), mestra em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas (2005), graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (1999), Professora Adjunta do Curso de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Alagoas. É líder dos grupos de pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico, Núcleo de Estudos e Políticas Penitenciárias (NEPP), Vice-líder dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos sobre a Violência em Alagoas (NEVIAL) e Grupo de Pesquisa Educações em Prisões (GPEP), todos registrados no CNPq. É Diretora da Faculdade de Direito de Alagoas, da Universidade Federal de Alagoas (2018-2022) e voluntária na ONG Centro de Defesa dos Direitos da Mulher (CDDM).

entanto, a opressão de gênero não é a única causa de vulneração de mulheres, pois ao gênero se somam opressões de raça e classe, o que se percebe pela constatação de que as vítimas mais expressivas dessa violência são mulheres jovens, negras e com baixa escolaridade, conforme dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020a).

Pensar as formas de enfrentamento à violência doméstica praticada contra mulheres exige refletir também sobre o papel do Estado na promoção da igualdade e na construção de políticas públicas preventivas, de acolhimento às mulheres vitimadas pela violência de gênero, de acompanhamento do agressor e, quando necessário, responsabilização penal, sobretudo em tempos de excepcionalidade impostos pela pandemia da covid-19, momento em que as dinâmicas da vida social foram fortemente alteradas.

Nesse sentido, este artigo pretende discutir a violência contra as mulheres, no Brasil, por meio de reflexões sobre o papel do Estado, com base no pensamento de Antonio Gramsci (1976) no enfrentamento a essa forma de violência de gênero durante a pandemia da covid-19. Busca-se evidenciar que a cultura patriarcal não pode ser compreendida fora das relações da estrutura capitalista e do direcionamento de uma política neoliberal de sucateamento dos serviços públicos, o que leva à precarização do trabalho e aos diversos modos de ajuste fiscal pelo Estado, realidade que afeta especialmente as mulheres, tornando ainda mais difícil a assistência em situação de violência de gênero, o que ficou mais evidente durante a pandemia da covid-19.

1. VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL NUMA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL

De acordo com o Mapa da Violência sobre homicídios de mulheres, em 2012, o Brasil ocupava a 7ª posição no *ranking* mundial dos países com as maiores taxas de mortes femininas em decorrência da violência de gênero. Em 2015, o Brasil passou a ocupar a 5ª posição nesse mesmo *ranking* (WALSELFISZ, 2015). “Pelo menos desde 2017 o Fórum Brasileiro de Segurança Pública vem chamando a atenção para o incremento da violência de gênero no Brasil. Os registros de agressão no ambiente doméstico, de violência sexual e feminicídios tem apresentado crescimento em todo o país, embora com intensidades distintas em cada localidade. O fenômeno não é novo e/ou circunscrito ao momento de pandemia” (FBSP, 2020a).

Segundo relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, durante a pandemia da covid-19, os números de registros de violência doméstica, se comparados aos anos anteriores, diminuíram. No entanto, é preciso interpretar esses

dados considerando as dinâmicas do isolamento social. Segundo Pimentel e Martins (2020), “a diminuição do registro de algumas ocorrências neste período representa menos uma redução de casos de violência contra a mulher e mais as dificuldades e obstáculos que as mulheres encontraram na pandemia para denunciar a situação de abuso a que estão submetidas, além da instabilidade sofrida no período pelos serviços de proteção, com diminuição do número de servidores e horários de atendimento e aumento das demandas” (PIMENTEL; MARTINS, 2020, p.39).

As três Notas Técnicas (FBSP, 2020b, 2020c, 2020d) e no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020) demonstram como a desigualdade a que estão submetidas as mulheres, principalmente aquelas marcadas por vulnerações de raça e classe, foram também as que sofreram mais fortemente as consequências do isolamento social e a omissão do Estado na elaboração e execução de políticas públicas para o enfrentamento à violência doméstica.

De acordo com o Anuário da Violência, 66,6% das mulheres vitimadas pela violência no Brasil, em 2020, já durante a pandemia da covid-19, são ou eram negras. “Este percentual revela uma maior vulnerabilidade das mulheres negras a este tipo de crime, uma vez que elas representavam apenas 52,4% da população feminina nos estados que compõem a base de microdados” (FBSP, 2020a).

Para Suelaine Carneiro, “dados como esse, comparados como o quadro da evolução histórica da violência contra as mulheres, indicam que o Estado, por meio das políticas públicas, não tem conseguido coibir a violência doméstica e familiar, especialmente no que diz respeito às mulheres negras (CARNEIRO, 2017, p. 22).

De fato, como explica Ana Flauzina, as relações de gênero como relações de poder, em uma sociedade capitalista, não devem ser apartadas das estruturas raciais na sociedade brasileira, pois investigar as questões raciais que perpassam a ideologia patriarcal significa também romper com uma lógica de manutenção das assimetrias raciais (FLAUZINA, 2006).

Para Passos, “constituindo-se como um elemento de estratificação social, o racismo se materializa na cultura, no comportamento e nos valores dos indivíduos e das instituições na sociedade brasileira, perpetuando uma estrutura desigual de oportunidades sociais para 52% da população brasileira” (PASSOS, 2016, p. 50). Com isso, entende raça, classe e gênero como categorias presentes na composição da trama histórica das desigualdades na sociedade brasileira e que defende a compatibilidade das lutas antirracistas, antissexistas e de classe (PASSOS, 2016, p. 50).

Jésse Souza, ao tecer considerações sobre as questões raciais no Brasil, a partir das lições de Florestan Fernandes, afirma que não se trata, apenas, de uma questão sobre

a cor da pele dos indivíduos, mas de como o racismo permeia as sociedades, seja como discriminação direta dos indivíduos, ou através de práticas institucionalizadas como elementos de estratificação na sociedade, aliadas a uma ordem competitiva que relega os sujeitos sempre a uma posição subalterna no contexto social. Para ele, “na sociedade competitiva a cor funciona como índice ‘relativo’ de primitividade – sempre em relação ao padrão contingente do tipo humano definido como útil e produtivo. (...) A marginalização permanente de grupos sociais inteiros tem a ver com a disseminação efetiva de concepções morais e políticas, que passam a funcionar como ‘ideia-força’ nessas sociedades” (SOUZA, 2006, P. 160/161).

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “a maior concentração de feminicídios entre as mulheres negras reforça, mais uma vez, a situação de extrema vulnerabilidade socioeconômica e a violência a que este grupo populacional está submetido” (FBSP, 2020^a). É preciso reconhecer que o racismo produz consequências graves na vida social e acentua o risco de lesão e morte entre as mulheres negras, o que exige das políticas públicas um olhar interseccional para os diferentes processos de vulnerabilidade sobrepostos pela cultura patriarcal, firmada sobre as opressões de gênero, raça e classe.

Esse caminho analítico se ampara na perspectiva do feminismo negro interseccional de Patrícia Hill Collins (2017), que defende uma epistemologia interseccional como essencial para a compreensão das múltiplas opressões sofridas por mulheres negras, afirmando que “essas ideias chegaram à academia inicialmente sob a rubrica de estudos de raça/classe/gênero e subsequentemente foram nomeadas e legitimadas como interseccionalidade”, para, então, “demonstrar as implicações da legitimação acadêmica de interseccionalidade para as políticas emancipatórias contemporâneas” (COLLINS, 2017, p.6).

É na interface dos processos de produção de conhecimento e das práticas sociais que Collins situa a interseccionalidade, “vista como uma forma de investigação crítica e de práxis, precisamente, porque tem sido forjada por ideias de políticas emancipatórias de fora das instituições sociais poderosas” (COLLINS, 2017, p 7). Portanto, a utilização da interseccionalidade como ferramenta epistemológica transcende os limites da teoria, para transitar no campo das políticas emancipatórias feministas.

A adoção de uma perspectiva epistemológica interseccional para a compreensão da violência doméstica e familiar contra mulheres implica reconhecer que as medidas de enfrentamento à violência de gênero devem ir além de políticas exclusivamente repressivas, já que a resposta punitiva, isolada, não é capaz de mudar a realidade cultural da violência de gênero, firmada sobre as bases do racismo estrutural e da desigualdade social.

Para Vera Regina Pereira de Andrade, “o sistema não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidadora e reabilitadora) que se lhe atribui” (ANDRADE, 2012, P. 129). Por isso, é importante refletir sobre o papel do Estado e das políticas públicas no enfrentamento à violência de gênero.

2. ESTADO, IDEOLOGIA E O CONCEITO DE ESTADO AMPLIADO EM GRAMSCI

Nos caminhos para o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres, sobretudo em tempos de pandemia da covid-19, é importante tecer reflexões sobre políticas públicas estatais, já que é o investimento do Estado em políticas públicas que pode garantir, minimamente, a proteção às mulheres e as condições básicas para uma vida saudável, livre e sem violência.

No entanto, a equação Estado, políticas públicas e demandas das mulheres nunca foi fácil de ser resolvida e está muito distante de um desfecho que garanta às mulheres proteção, igualdade, liberdade e, portanto, dignidade. Isso porque as políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero e a necessária proteção das mulheres são, historicamente, fruto de muitas pressões dos movimentos feministas e de constantes enfrentamentos entre o Estado e as mulheres, estando o Poder Público ainda longe de atender às demandas de prevenção à violência de gênero. Porém, é preciso reconhecer os avanços verificados até aqui, que resultam do protagonismo dos movimentos feministas, fundamentais para a elaboração de leis e políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero contra mulheres. Portanto, as políticas públicas existentes nesse campo possuem um significado especial, já que “funcionam como um lugar de memória dos feminismos brasileiros” (MACHADO, 2016, p. 9).

Todavia, a atuação do Estado em resposta às demandas dos movimentos feministas não está dissociada da dinâmica ideológica e neoliberal que conduz a uma ausência cada vez maior do Estado nas áreas sociais, como já pontuou Wilson Cano, ao tratar dos processos de subdesenvolvimento e desindustrialização, além das relações da estrutura capitalista de produção que se internaliza nos Estados (CANO, 2014).

É importante, assim, partir para uma análise ideológica, com o intuito de compreender a posição do Estado como garantidor de políticas públicas para as mulheres. Nesse sentido, o conceito de sociedade civil em Antonio Gramsci (1976) apresenta elementos relevantes para explicar esse campo de análise ideológica, no qual encontra-se inserido o Estado.

Ao analisar estrutura e superestrutura, assentadas nas concepções marxistas

sobre o Estado, Gramsci delimita duas esferas de atuação estatal que, juntas, formam o que foi denominado de Teoria Ampliada do Estado: sociedade política e sociedade civil. A sociedade política seria a esfera estatal formada pelos aparelhos coercitivos do Estado, através dos quais a classe dominante exerce o monopólio do poder.

Segundo Carlos Nelson Coutinho (1994), em Gramsci, o termo sociedade civil designa um momento ou uma esfera da superestrutura. “Designa, mais precisamente, o conjunto das instituições responsáveis pela representação dos interesses de diferentes grupos sociais, bem como pela elaboração e/ou difusão de valores simbólicos e de ideologias; ela compreende assim o sistema escolar, as igrejas, os partidos políticos, as organizações profissionais, os meios de comunicação, as instituições de caráter científico e artístico etc” (COUTINHO, 1994, p.53/43).

Através, então, do conceito de sociedade civil em Gramsci (1976), como o conjunto das instituições responsáveis pela representação dos interesses de grupos distintos, que difundem seus valores simbólicos e diferentes ideologias através das mais diversas instituições sociais, é possível visualizar o permanente conflito entre as classes e o caráter da atuação humana na disputa de um Estado social e concretizador de direitos, aspecto particularmente importante no que concerne ao protagonismo feminista nos enfrentamentos cotidianos para a concretização dos direitos das mulheres. Tal aspecto permite compreender a relevante atuação das classes subalternizadas e historicamente oprimidas – neste caso as mulheres –, através da força dos movimentos feministas. Assim, as lutas em campo dos movimentos sociais tomam importante rumo diante nas concepções de Gramsci, porque não se trata apenas de um enfrentamento para a concessão de verbas para políticas públicas, mas sim de uma disputa de caráter ideológico, com atores sociais em constante movimento, numa estrutura de Estado capitalista.

A dimensão de sociedade civil em Gramsci (1976) permite uma visão mais ampla sobre as lutas feministas por direitos humanos das mulheres e as relações de poder presentes nos esforços de desconstruir a ideologia patriarcal que Pierre Bourdieu chamou de “eternização do arbitrário e desistoricização do gênero feminino” (BOURDIEU, 2005), ao se referir às estruturas patriarcais de dominação masculina e subjugação feminina nos processos de formação humana. Essa perspectiva permite compreender, portanto, como o patriarcado, na qualidade de sistema ideológico, não se expressa apenas nas relações de poder entre os sexos, mas é, também, internalizado pelo Estado como dominação e desmascara a igualdade de *status* jurídico como um indicador suficiente de igualdade social (SAFFIOTI, 2013, p. 54).

Paulo Nogueira Batista (1994), ao tecer considerações sobre a visão neoliberal do Consenso de Washington para os problemas dos países latinoamericanos,

problematiza uma suposta tese de falência do Estado, continuamente veiculada por organismos internacionais, como justificativa para uma ingerência massiva nas economias desses países, com a autorização e cumplicidade, diga-se de passagem, da burguesia nacional. Segundo ele, “passou-se a admitir abertamente e sem nuances a tese da falência do Estado, visto como incapaz de formular política macroeconômica, e à conveniência de se transferir essa grave responsabilidade a organismos internacionais, tidos por definição como agentes independentes e desinteressados aos quais tínhamos o direito de recorrer como sócios. Não se discutia mais apenas, por conseguinte, se o Estado devia ou podia ser empresário. Se podia, ou devia, monopolizar atividades estratégicas. Passou-se simplesmente a admitir como premissa que o Estado não estaria mais em condições de exercer um atributo essencial da soberania, o de fazer política monetária e fiscal” (BATISTA, 1994, p. 09/10).

Ao expor a renúncia do Estado, Batista demonstra seus efeitos nocivos para a noção de democracia e a visão das políticas sociais como decorrência do neoliberalismo. Portanto, “a democracia não seria, pois, um meio para se chegar ao desenvolvimento econômico e social, mas um subproduto do neoliberalismo econômico” (BATISTA, 1994, p.10).

Compreenda-se, portanto, que o ideal de uma economia neoliberal, que prega a ausência do Estado, possui sérias consequências para os setores oprimidos e em situação de vulnerabilidade social, como as mulheres, negros e negras, LGBTQI+ e imigrantes, por exemplo. No caso das questões relativas à violência de gênero, acabam por impor um perigo real de retrocesso social à prevenção e enfrentamento dessa violência com a ausência maior do Estado nas políticas de prevenção.

Outro questionamento importante é o discurso de globalização econômica, que tem como consequência direta a reprodução de uma economia neoliberal, a qual não tem como finalidade promover o fim das disparidades sociais presentes entre os países, mas sim um discurso de livre fronteira para o mercado internacional, contrário ao pleno desenvolvimento humano e à redução das desigualdades regionais entre os países.

Milton Santos (2009), ao descrever o fenômeno da globalização em uma sociedade neoliberal, denominada pelo autor de globalitarismo, expõe como os discursos do consumismo, do dinheiro, da competitividade, e a informação como meio de manutenção da dominação dos indivíduos são utilizados na estrutura do sistema capitalista para gerar dependência econômica e assegurar uma ausência cada vez maior do Estado.

Santos (2009) expõe também a subversão da democracia em países de economia dependente. Assim, não se trata, apenas, de ausência estatal, mas da sua omissão real diante das populações e à serviço de uma lógica de mercado que favorece uma

determinada classe social em detrimento de toda coletividade. Para ele, a globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si, reduzindo as noções de moralidade pública e particular.

No que concerne às questões de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da violência de gênero, em um Estado neoliberal, alicerçado sobre interesses de uma economia capitalista, implica no atrofiamento das políticas públicas destinadas às mulheres, em alinhamento com um discurso tipicamente colonial e dependente, com a reprodução de estereótipos como estratégia discursiva (BHABHA, 1998).

Nesse contexto, cabe aqui destacar que não se deve reduzir os enfrentamentos entre os movimentos feministas como uma busca apenas por recursos disponíveis por parte do Estado para coibir a violência cotidiana vivenciada pelas mulheres. As políticas públicas não são meramente ações paliativas, pois representam a concretização do papel do Estado na efetivação dos direitos humanos das mulheres. Portanto, não se trata apenas da falta de recurso e o conseqüente aumento dessa violência historicamente perpetrada; trata-se de compreender a posição do Estado como garantidor de direitos, porém submetido às dinâmicas da cadeia global e neoliberal.

Assim, toda e qualquer política pública de enfrentamento à violência contra mulheres, dentro ou fora do contexto de isolamento social provocado pela pandemia da covid-19, representa um esforço de enfrentamento às estruturas ideológicas do patriarcado, num contexto neoliberal e globalizado, que impactam não apenas a sociedade, mas também a atuação do próprio Estado.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO EM UM CONTEXTO NEOLIBERAL E GLOBALIZADO

Assentadas as bases nas quais se firmam as relações de poder entre Estado e os movimentos feministas para a concretização dos direitos das mulheres, importa agora alargar os olhares sobre as Políticas Públicas Estatais, para além da afirmação de necessidade de mais investimentos econômicos por parte do Estado nas políticas sociais. Cabe aqui, antes de adentrar no contexto das políticas públicas estatais em uma economia neoliberal, abordar as principais políticas de enfrentamento à violência de gênero no Brasil, frutos do protagonismo constante dos movimentos sociais na esfera da sociedade civil estatal, aqui compreendida na Teoria Ampliada do Estado em Gramsci (1976).

Entre os instrumentos internacionais de maior relevância para a proteção das mulheres, pode-se citar a *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* e a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher* (Convenção de Belém do Pará). Ambas inspiraram

a construção da Lei Maria da Penha (Lei nº11.340/06), importante marco jurídico na busca pela efetivação da proteção das mulheres em situação de violência doméstica no Brasil e de propagação de uma Cultura de igualdade de gênero para as presentes e futuras gerações.

Para além de uma norma de referência, essa Lei também é a resposta de uma demanda histórica dos movimentos feministas no Brasil. Isso porque a Lei Maria da Penha resulta da condenação internacional do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por negligência e omissão diante da flagrante violação de direitos humanos no caso de Maria da Penha Maia Fernandes, cidadã brasileira que sofreu duas tentativas de homicídio por parte do seu companheiro, ficando, inclusive, paraplégica. O caso ganhou grande repercussão nacional, já que a violência sofrida por Maria da Penha não recebeu a devida resposta do sistema de justiça penal brasileiro, ficando a vítima sem assistência e o agressor impune. A pressão dos movimentos feministas que conduziram o caso de Maria da Penha para a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a exposição internacional do Brasil foram fundamentais para que, finalmente, essa lei pudesse ser formulada. Portanto, a Lei Maria da Penha não é apenas um símbolo legal de proteção às mulheres: é o resultado direto de protagonismo dos movimentos feministas com o Estado e uma disputa com a ideologia patriarcal também reproduzida pelo Estado.

Para dar a devida implementação ao que está previsto nos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, no que concerne à efetivação dos direitos humanos das mulheres, conferindo proteção para todas as formas de violência de gênero, a Lei Maria da Penha cria mecanismos próprios para coibir a violência contra as mulheres, prevendo em seu art. 7º, incisos do I ao V, cinco formas de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Trata-se, portanto, de uma importante inovação no ordenamento jurídico brasileiro. “Entre as principais inovações da referida lei, enfatiza-se a criação dos juizados especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, a proibição da aplicação de penas pecuniárias aos agressores, a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência, o caráter híbrido das ações, que podem ser penais ou não penais” (CNJ, 2013).

A Lei Maria da Penha dispõe, também, sobre a necessidade do atendimento de mulheres em situação de violência por equipe multidisciplinar, além de casas-abrigo, centros integrados de atendimento, delegacias especializadas de mulheres, entre outras políticas públicas que só se concretizam por meio de repasses orçamentários que possibilitem investimentos estruturais e capacitação de pessoal, para que se possa cumprir seu papel protetivo e garantidor de direitos humanos das mulheres. Essas medidas requerem uma presença permanente do Estado.

Para se compreender as razões do aumento contínuo da violência contra as mulheres, é preciso entender também que essa violência é estrutural e reverbera na forma como as mulheres se desenvolvem ao longo da histórica, marcada pela cultura patriarcal. Em uma sociedade com profundas desigualdades sociais como a sociedade brasileira, as consequências da ausência do Estado são muito sentidas pelas mulheres e tornou-se mais evidente no contexto pandêmico da covid-19, que chegou ao Brasil sem que houvesse uma estrutura adequada para lidar com as consequências do isolamento social na esfera da violência doméstica.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública, na primeira Nota Técnica sobre a violência doméstica durante a pandemia da covid-19, datada de 16 de abril de 2020, listou uma série de políticas públicas emergenciais, necessárias para garantir às mulheres em situação de violência doméstica o acolhimento necessário e o encaminhamento da demanda:

- Diversificar os canais possíveis para denúncias das mulheres: telefone, online, mas também em serviços essenciais, como farmácias e supermercados, que não estão fechados por conta da pandemia;
- Criação de canais nos quais vizinhos e familiares possam denunciar, com o desenvolvimento de protocolos de verificação destas denúncias que não coloquem as mulheres em maior risco;
- Criação de campanhas de divulgação dos serviços destinados à proteção das mulheres, mas também encorajando a sociedade a olhar para esse problema e denunciar casos de violência;
- Garantia de resposta rápida das autoridades para a proteção da mulher, seja para retirar o autor de violência de dentro de casa ou para colocar a mulher em local seguro, como um quarto de hotel, pelo período que durar o isolamento social;
- Reforçar a articulação das redes locais de proteção à mulher, em especial as que envolvem setor público e sociedade civil organizada;
- Preparar estabelecimentos comerciais, por meio de campanhas educativas e outros, para lidarem com mulheres vítimas de violência, seja prestando informação, seja prestando apoio, colocando-as em contato com autoridades¹;
- Criação de campanhas voltadas para condomínios residenciais, para que os vizinhos se solidarizem e interfiram caso presenciem situações de violência (FBSP, 2020b).

No entanto, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020, p.40), a única medida adotada pelo Brasil, no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulheres, até o primeiro semestre do ano de 2020, durante a pandemia

da covid-19, foi a criação ou adaptação de aplicativos *online* para a realização de denúncias e a expansão dos canais de denúncia telefônica.

Em 08 de julho de 2020, porém, entrou em vigor a Lei n. 14.022/2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019.

Em seu art. 3º, a Lei estabelece que “O poder público deverá adotar as medidas necessárias para garantir a manutenção do atendimento presencial de mulheres, idosos, crianças ou adolescentes em situação de violência, com a adaptação dos procedimentos estabelecidos na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), às circunstâncias emergenciais do período de calamidade sanitária decorrente da pandemia da Covid-19.” Como explica Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, “ficou definido que deve ser mantido o atendimento presencial para casos como feminicídio, lesão corporal seguida de morte, lesão corporal grave, lesão corporal dolosa gravíssima, ameaça praticada com uso de arma de fogo, estupro e corrupção de menores!” (CAVALCANTI, 2020, p. 202/203).

Essa lei representou importante instrumento normativo para acolhimento de mulheres em situação de violência doméstica e familiar, considerando a excepcionalidade do isolamento social decorrente da pandemia de covid-19. Com esse instrumento normativo, houve uma ampliação dos registros de casos de violência doméstica e familiar contra mulheres, o que se refletiu nos números de ocorrências.

Ainda assim, o Estado brasileiro não conseguiu estruturar políticas preventivas que contribuíssem para a redução dos números da violência doméstica e familiar contra mulheres. Maria Lúcia Fattorelli (2015) estabelece uma importante relação entre a dívida pública e as implicações na vida das mulheres, cujas consequências foram sentidas durante a pandemia da covid-19, diante do despreparo do Estado para lidar com a nova realidade e o aumento dos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres. Segundo Fattorelli, a destinação de verbas para o pagamento dessa dívida e a satisfação do sistema financeiro neoliberal é uma das principais responsáveis pela não destinação de recursos públicos para as políticas públicas que supram as necessidades do povo brasileiro. As mulheres são as principais vítimas dessa destinação de recursos públicos para a satisfação do sistema monetário, já que somente em 2014 o valor destinado às políticas para as mulheres foi 8.655 vezes menor que os R\$ 978 bilhões gastos com juros e amortizações da dívida pública brasileira (FATTORELLI, 2015).

Fatorelli (2015) explica, ainda, que somente em 2015, o orçamento federal reservou R\$ 1.356 trilhões para gastos com a dívida pública. Segundo a autora, tal montante representa quase metade, em torno de 47% de tudo o que o país arrecadou³³. A autora então coloca para os movimentos feministas o desafio de buscar compreender o modo como o Estado destina suas verbas para satisfazer os grandes mercados financeiros em detrimento do atendimento de qualidade às demandas das mulheres em situação de violência. “Este valor representa, por exemplo, 13 vezes os recursos para a saúde, 13 vezes os recursos previstos para educação ou 54 vezes os recursos para transporte. Estes dados denunciam a necessidade de maior envolvimento dos movimentos feministas no controle dos gastos públicos e no conhecimento do ‘Sistema da Dívida’, uma engrenagem que absorve elevados montantes de recursos públicos de forma contínua, transferindo-os principalmente para o setor financeiro privado nacional e internacional” (FATTORELLI, 2015).

Por isso, o enfrentamento à violência doméstica contra mulheres, dentro ou fora do contexto da pandemia da covid-19, necessita de um olhar constantemente voltado à posição do Estado na esfera econômica capitalista, à ideologia patriarcal que se reproduz na esfera da sociedade civil, segundo a perspectiva de Gramsci (1976), com constantes disputas ideológicas e relações de poder no interior do próprio Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões aqui apresentadas partiram da problematização do aumento da violência doméstica e familiar contra mulheres em razão do isolamento social necessário durante a pandemia da covid-19, no Brasil. Tal realidade deve ser pensada interseccionalmente, considerando a sobreposição de opressões de raça e classe, que se somam às vulnerações de gênero, as quais situam mulheres negras e pobres como as principais vítimas dessa grave forma de violência.

Restou claro que o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulheres exige uma forte atuação do Estado na elaboração e execução de políticas públicas preventivas, o que historicamente é feito por meio da atuação dos movimentos feministas, embora sem respostas suficientes do Estado, que representem quebras de paradigma cultural, já que a violência doméstica e familiar se sustenta nos pilares do patriarcado, cuja força simbólica está presente não apenas nas relações sociais, mas também na atuação do Estado.

Neste sentido, a Teoria Ampliada do Estado, em Gramsci, consiste em proposta teórico-política relevante para identificar as disputas simbólicas presentes nas relações de poder, não apenas entre os sexos, no contexto do desenvolvimento dos indivíduos em uma determinada sociedade, mas sobretudo no próprio conceito de sociedade civil,

que coloca o Estado em constante entrave ideológico com as estruturas das sociedades capitalistas. Assim, as disputas por políticas públicas estatais, empreendidas pelos movimentos feministas, não são apenas esforços por mais destinação de recursos, mas sim lutas ideológicas contínuas na esfera da sociedade civil.

O conceito gramsciano propõe, então, um novo olhar sobre o Estado e as políticas sociais, no intuito de questionar como se cumprem as demandas dos movimentos sociais e suas exigências em um Estado cada vez mais ausente e omissivo diante de suas funções e completamente voltado para uma política de mercado garantidora de lucros para uma classe dominante, em detrimento de uma noção coletiva da sociedade e da satisfação das necessidades sociais, especialmente dos mais vulneráveis, neste caso específico, as mulheres.

No Brasil, para a efetiva concretização dos direitos humanos das mulheres e a plena proteção contra todas as formas de violência, inclusive a violência doméstica e familiar, principalmente em tempos de isolamento social, durante a pandemia da covid-19, é necessário que as políticas públicas ampliem as possibilidades de uma vida plena, livre e marcada pela igualdade e respeito à dignidade humana das mulheres.

A Lei Maria da Penha foi importante passo nesse sentido, pois traz em suas disposições a necessidade de articulação de políticas públicas estruturantes, procedimentos de proteção às mulheres em situação de violência, acompanhamento do agressor e investimentos no ensino, de modo a proporcionar uma educação voltada à equidade de gênero e étnico-racial, que leve a mudanças culturais aptas a erradicar a violência doméstica e familiar contra mulheres. Essa lei, porém, não brotou da vontade espontânea dos legisladores, mas foi resultado do protagonismo dos movimentos feministas, diante das omissões do Estado.

O protagonismo das mulheres, por meio dos movimentos sociais, continua necessário, especialmente durante a pandemia, para que políticas públicas criadas pelo Estado, especificamente para lidar com a excepcionalidade deste momento histórico – como ocorreu com a Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020 –, deixem um legado político e estrutural que abra caminhos para a transformação cultural necessária à sociedade contemporânea, com vistas a prevenir e erradicar toda e qualquer forma de violência contra as mulheres.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro, Ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

BATISTA, Paulo. O consenso de Washington. A visão neoliberal dos problemas latino-americanos. *In*: Barbosa Lima Lima Sobrinho et al (Org.) **Em Defesa do Interesse Nacional**: Desinformação e Alienação do

100 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

Patrimônio Público. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: 4º Ed. Editora Bertrand Brasil, 2005.

CANO, Wilson. (Des) **Industrialização e (Sub) desenvolvimento**. In: Texto para Discussão. N.224 Instituto de Economia da Unicamp, 2014.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **O poder judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha_.pdf>.

CARNEIRO, Suelaine. **Mulheres negras e violência doméstica: decodificando os números**. São Paulo: Gelédes Instituto da Mulher Negra, 2017.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica em tempo de pandemia: repercussões do isolamento social nas relações familiares à luz da Lei Maria da Penha**. Curitiba: Juruá, 2020.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 1994.

COLLINS, Patricia Hill. **Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória**. In *Parágrafo*. Jan/Jun. 2017, V.5, N.1 (2017) - ISSN: 2317-4919.

FATTORELLI, Maria Lúcia. Auditoria cidadã da dívida. **Como a dívida pública afeta as mulheres**, 2015. Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/blog/2015/03/08/como-a-divida-publica-afeta-as-mulheres/>>. Acesso em 25/02/2021.

FBSF, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020a**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>>.

_____. **Nota técnica: violência doméstica durante a pandemia de covid-19, de 16 de abril de 2020b**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. Acesso em 28/02/2021.

_____. **Nota técnica: violência doméstica durante a pandemia de covid-19, ed.02, de 29 de maio de 2020c**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>>. Acesso em 28/02/2021.

_____. **Nota técnica: violência doméstica durante a pandemia de covid-19, ed.03, de 24 de julho de 2020d**. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf> Acesso em 28/02/2021.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <<repositorio.unb.br/handle/1044882/5117>>.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o estado moderno**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1976.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada, Brasília. **Mortalidade de Mulheres por agressões no Brasil: perfil e estimativas corrigidas (2011-2013)**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2725>.

MACHADO, Isadora Vier. Lei Maria da Penha: conquistas e desafios. In: Ana Maria Veiga; Teresa Kleba Lisboa e Cristina Scheibe Wolff (Org.). **Gênero e violências: diálogos interdisciplinares**. Edições do Bosque/CFH/UFSC, 2016 – (Série Diversidades).

PASSOS, Joana Célia dos; ROSA, Stela. Violência de gênero e racismo. In: Ana Maria Veiga; Teresa Kleba Lisboa e Cristina Scheibe Wolff (Org.). **Gênero e violências: diálogos interdisciplinares**. Edições do

Bosque/CFH/UFSC, 2016 – (Série Diversidades).

PIMENTEL, Amanda; MARTINS, Juliana. O impacto da pandemia na violência de gênero no Brasil. *In* **Anuário Brasileiro de Segurança Pública no Brasil**, p. 37-42.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. A mulher na sociedade de classes. 3.ed – São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SANTOS, Milton. Uma globalização perversa. *In*: **Por uma outra globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SOUZA, Jessé. A Construção social da subcidadania. *In*: **A construção social da subcidadania**, Belo Horizonte, ed. UFMG, 2006.

SPM, Secretaria de Políticas para Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres** (2013).

WALSELFISZ, Júlio Jacobo. CEBELA-Centro Brasileiro de Estudos Latino- Americanos. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil**. Flacso Brasil Área de estudos sobre violência, Coordenação: Julio Jacobo Walselisz, 2015. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php>

INTERVENÇÕES MÉDICAS E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Diego Alan Schöfer Albrecht

Andrey Luciano Bieger

INTERVENÇÕES MÉDICAS E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Diego Alan Schöfer Albrecht¹

Andrey Luciano Bieger²

INTRODUÇÃO

Desde o final de 2019, o mundo vem sofrendo os impactos da pandemia da Covid-19, que alcançam as mais diversas áreas, em especial a saúde humana. No momento em que concluímos o texto (6/3/2021), o Brasil atinge a maior média móvel de mortes e, dia após dia, bate o seu próprio recorde de óbitos diários. Os hospitais estão lotados e não há vagas suficientes nas Unidades de Terapia Intensiva (UTIs). Por outro lado, o processo de vacinação é ainda muito lento e não são poucas as discussões que disseminam sobre possíveis tratamentos preventivos alternativos, quase nunca fundadas em dados científicos.

Nesse contexto, ascendem debates acerca da autonomia do indivíduo-paciente e a necessidade de seu consentimento para as intervenções médicas. O presente escrito tem como objetivo analisar, em âmbito jurídico-penal, o instituto do consentimento em face das intervenções médico-cirúrgicas. Inserido num contexto de crescente valorização da autonomia e da autodeterminação pessoal do paciente, o trabalho pretende responder à problemática dos requisitos necessários ao reconhecimento de um consentimento eficaz no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas, bem como os seus respectivos contornos e alcances.

¹ Professor Adjunto na Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA) – Campus Santana do Livramento/RS. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: diegoalbrecht@unipampa.edu.br

² Professor no Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó/SC. E-mail: andrey.bieger@uceff.edu.br

Para tanto, após a exposição das espécies de intervenções biomédicas, buscará identificar o enquadramento jurídico-penal que vem sendo dado às ofensas corporais decorrentes das intervenções médico-cirúrgicas. Na sequência, serão trazidos os posicionamentos doutrinários acerca do posicionamento sistemático do consentimento na estrutura do delito, após o que serão apontados e estudados os requisitos necessários ao reconhecimento do consentimento real no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas.

1. AS INTERVENÇÕES BIOMÉDICAS

Se por um lado inúmeros benefícios são proporcionados à sociedade em virtude do avanço das ciências biomédicas, por outro, o gradativo ganho em complexidade das intervenções biomédicas traz consigo um incremento dos riscos associados a este âmbito de atividade, variáveis conforme a espécie empregada (SOUZA, 2009)

No presente tópico, pretendemos distinguir os diferentes tipos de intervenção biomédica, a fim de preparar o terreno para as discussões que seguem, notadamente sobre o consentimento e a sua importância na legitimação das intervenções. Nesse sentido, é possível encontrar três espécies de intervenção biomédica:

O primeiro deles é o *tratamento curativo*, que é o tratamento estandarizado, normal, e que “se realiza com uma finalidade exclusivamente terapêutico-individual através de investigações, métodos ou medicamentos já experimentados e consagrados pela biomedicina” (SOUZA, 2006).

Já a *experimentação terapêutica*, que compreende também a *pesquisa em seres humanos*, é aquela intervenção biomédica que

visa primordialmente à cura do paciente em concreto, mas através de ‘novos’ métodos, técnicas e medicamentos não consolidados que ainda se encontram em fase de afirmação e convalidação científica na seara do conhecimento biomédico, mas, por outro lado, não perde de vista indiretamente um interesse mais genérico, de outros futuros pacientes potenciais (SOUZA, 2006).

De acordo com a Declaração de Helsinque, “a pesquisa biomédica envolvendo seres humanos deve obedecer princípios científicos, geralmente aceitos e ser baseada em experiências laboratoriais, *in vitro* e em animais, adequadamente realizadas e em um conhecimento profundo da literatura científica”.

Finalmente, a *experimentação não-terapêutica* é aquela que possui um fim *terapêutico-geral*, de modo que, muito embora se realize no paciente individual, não

visa ao seu tratamento, mas “apenas obter e ampliar conhecimentos científicos para o avanço da ciência biomédica em melhor prevenir, diagnosticar ou curar doenças de pacientes que futuramente delas podem padecer” (SOUZA, 2006). Em função disso, deve ser objeto de uma valoração mais rigorosa, condicionando-se a eficácia do consentimento, no plano jurídico-penal, a uma ponderação entre riscos e benefícios *ex ante* (SOUZA, 2009).

Nessa última categoria podem ser incluídas as *experimentações não-terapêuticas com fins reprováveis*, que são aquelas intervenções reputadas eticamente incorretas e ilícitas, por afrontarem a dignidade humana.³

1.1 O enquadramento jurídico-penal das ofensas corporais decorrentes de intervenções médico-cirúrgicas

Não há dúvida de que as intervenções médicas interferem, em qualquer caso, na integridade (física e/ou psíquica) e na liberdade do ser humano. Muitas vezes, ainda, essas intervenções são acompanhadas de ofensas corporais, as quais, numa clara demonstração de paternalismo, eram até bem pouco tempo interpretadas exclusivamente à luz das *leges artis* médicas, com desprezo pela autonomia do sujeito, considerado alguém incapaz de decidir sobre o seu próprio bem-estar (SANTOS, NETO e SOUZA, 2011).

Uma gradativa mudança de cenário vem sendo, contudo, experimentada, a partir de uma crescente preocupação com a autonomia do indivíduo, que, neste âmbito, materializa-se na exigência de consentimento para a legitimidade das intervenções médicas, prevista em diversos documentos internacionais⁴. Novo cenário que impacta significativamente no posicionamento jurídico-penal das ofensas corporais decorrentes de intervenções médico-cirúrgicas.

No Brasil, ainda tributário da mencionada compreensão paternalista, as intervenções médico-cirúrgicas realizadas de acordo com as *leges artis* são tradicionalmente concebidas como exercício regular de direito, de modo que as lesões delas decorrentes seriam consideradas típicas, porém justificadas (BRUNO, 1984; BITENCOURT, 2012, CAPEZ, 2003).

³ São aquelas experimentações que, além de não cumprirem as *leges artis*, visam a atentar propositadamente contra a dignidade humana, movidas por razões políticas, raciais, ideológicas, econômicas, eugênicas etc.

⁴ Exemplificativamente: art. 3, n. 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: *No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; art. 5º da Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina: Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. - Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. - A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento; art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.*

Na Alemanha e em Portugal, porém, o referido impacto é, já há algum tempo, vivamente sentido. Os germânicos, todavia, precisam optar entre as diferentes soluções apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência, cada uma delas com as suas vantagens e desvantagens.

A *doutrina alemã*, em geral, compreende que as lesões decorrentes de intervenções curativas medicamente indicadas e realizadas de acordo com as *leges artis* não configuram, independentemente da vontade do paciente, ofensas típicas, uma vez que se nega qualquer *deterioração da saúde* (ROXIN, 1997). Uma tal forma de ver as coisas apresenta o custo de deixar carente de proteção a liberdade do paciente em face dos tratamentos não queridos (COSTA ANDRADE, 2004).

De modo diverso, a *jurisprudência alemã* entende que lesões decorrentes de intervenções médicas indicadas, mesmo quando terapêuticas e levadas a cabo segundo as *leges artis*, sempre configuram ofensas típicas, sujeitas à justificação com base no consentimento do paciente. O argumento central dessa posição residiria na salvaguarda da autodeterminação do paciente, que estaria protegida com a transformação da tipicidade em regra (FRISCH, 2004).

Mais adequada parece ser a solução proposta no espaço de juridicidade lusitano, a qual, segundo Costa Andrade (2004), repousa sobre dois enunciados:

(I) Independentemente do resultado, a intervenção médico-cirúrgica (medicamente indicada, realizada por médicos, segundo as *leges artis* e com *ánimus curandi*) não preenche a facticidade típica das ofensas corporais nem do homicídio. De acordo com o art. 150, item 1, do Código Penal Português,

as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

(II) A intervenção médico-cirúrgica levada a cabo sem o consentimento válido e eficaz do paciente é incriminada autonomamente, por meio do tipo penal de *intervenções e tratamento médico cirúrgicos arbitrários* (art. 156, item 1, do Código Penal Português, segundo o qual “as pessoas indicadas no artigo 150.^o que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Trata-se de infração penal inserida entre os crimes contra a liberdade, cuja intencionalidade normativa é voltada à proteção de uma específica dimensão da liberdade pessoal, consistente na liberdade de dispor do corpo e, no limite, da própria vida. Nas palavras de Costa Andrade (2004), o reconhecimento de um tal objeto de proteção “significa a prevalência, de princípio, da autodeterminação sobre a saúde e a vida. E, reversamente, a denegação à sociedade, ao Estado e ao médico de qualquer *Vernunftthoheit* sobre a ‘irracionalidade’ da escolha do paciente”.

Assumida a importância da autodeterminação pessoal no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas, nosso próximo passo será na direção do instituto que materializa essa autonomia e a sua compreensão jurídico-penal. Num primeiro momento, analisando-o de maneira genérica, notadamente com o intuito de posicioná-lo sistematicamente; depois, tentando aproximá-lo com maior vigor das intervenções médico-cirúrgicas.

2. CONSENTIMENTO EM DIREITO PENAL

Costumeiramente considerado uma causa supralegal de justificação, o consentimento goza de complexidade e riqueza bem maiores, que merecem ser analisadas com algum rigor. Iniciamos, pois, com as teorias propostas para a compreensão do consentimento, na medida em que, como bem adverte Figueiredo Dias (2007), é importante encontrar o fundamento da sua relevância jurídico-penal, pois disso depende o desenho dos requisitos de eficácia, do seu âmbito de aplicação e dos seus limites.

Nesse sentido, é possível encontrar várias posições:

(I) coincidente com a antiga *teoria do negócio jurídico*,

considerava que o consentimento do ofendido assume as características de um verdadeiro negócio jurídico (unilateral) e confere assim ao agente um *direito* à lesão de um bem jurídico seu: e porque o exercício de um direito não pode, simultaneamente, constituir um ilícito, o consentimento surge como uma autêntica causa de justificação (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

(II) seguida, desde Mezger (1958), pela maioria da doutrina alemã (*teoria da ação jurídica*), defende o abandono do interesse (e conseqüente renúncia à proteção penal) por parte do titular, quando o ordenamento jurídico confira a este último a disponibilidade sobre os respectivos objetos de proteção.

(III) considera que há não apenas um legítimo abandono do interesse pelo seu titular, mas uma verdadeira renúncia ao próprio bem jurídico, mais além da sua mera

proteção penal, calcada na autonomia pessoal e no consequente direito de autodeterminação.

(IV) posição defendida por Figueiredo Dias, apenas pretende, em relação à anterior, reforçar o *thelos* do instituto,

acentuando que a legitimação da força justificante do consentimento provém da **intenção político-criminal** de fazer com que em certos casos, perante a vontade de auto-realização do titular do bem jurídico, o direito penal permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário de preservação do bem jurídico e acabe por lhe conferir prevalência (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

Se bem vemos as coisas, a melhor percepção da questão situa-se entre as posições II e III, uma vez que, embora não se possa falar num mero abandono do interesse e, consequentemente, de renúncia à proteção penal, também não nos parece adequado, pelo exagero que daí decorre, enxergar no consentimento uma renúncia ao próprio bem jurídico. Isso ficará mais claro na sequência, quando tratarmos da natureza jurídica do consentimento.

2.1 Natureza jurídica do consentimento

Questão que ainda hoje é objeto de intensas discussões diz respeito à natureza jurídica do consentimento. Neste ponto, afiguram-se soluções monistas e dualistas, com predomínio, até o momento, destas últimas.

Os *monistas* entendem que o consentimento configura, sempre, causa de exclusão ou da tipicidade (ROXIN, 1997; QUEIROZ, 2008; SANTOS, 2005) ou da ilicitude (MARQUES, 1997). Roxin, invocando uma doutrina liberal referida à pessoa do bem jurídico, defende que o consentimento funciona sempre como circunstância excludente do tipo. Segundo o autor, “se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo [...], não pode existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não menoscaba seu desenvolvimento, senão que, pelo contrário, constitui sua expressão” (ROXIN, 1997).

Para o autor alemão, então, o fundamento do consentimento decorreria da liberdade de ação garantida constitucionalmente, e isso valeria tanto para as situações nas quais a ação realizada mediante consentimento beneficia o portador do bem jurídico, quanto naquelas em que um dano ou uma ingerência corporal poderiam ser vistas como contrárias ao seu bem-estar, uma vez que em ambos os

casos “o comportamento do portador do bem jurídico significa [...] uma parte da auto-realização responsável na comunicação com outros ou sob a assistência de outros” (ROXIN, 1997).

Na defesa de sua posição, Roxin ainda refere que o consentimento representaria um *corpo estranho* no sistema das causas de justificação, já que estas repousam nos princípios de ponderação de interesses e de necessidade, o que não ocorre com aquele. Acrescenta que esta constatação levou Mezger a propor um sistema dualista quanto às justificantes: em regra, elas devem obedecer ao princípio do interesse preponderante; no consentimento, porém, ao princípio da ausência de interesse (ROXIN, 1997).

As teses *dualistas*, de outro lado, vislumbram uma dupla natureza do consentimento, atuando ora como excludente da tipicidade (*acordo*), ora da ilicitude (*consentimento em sentido estrito*). O consentimento excluirá o tipo “sempre que o dissenso da vítima se constituir em elemento negativo do tipo, seja de forma expressa, seja de forma tácita” (SANTOS, NETO e SOUZA, 2011), como nos crimes previstos nos artigos 150, 151, 153 (expresso) e 213 (tácito) do Código Penal brasileiro. Nos demais casos, o consentimento funcionará como causa de exclusão da ilicitude.

Para Figueiredo Dias (2007), no seguimento de aprofundado estudo de Costa Andrade, existem casos em que, de acordo com o ilícito-típico, o *acordo* do portador faz com que a realização do comportamento “**corra no mesmo sentido da tutela do bem jurídico** e faça com que a acção, antes que ‘lesar’ o bem jurídico, contribua para uma sua mais perfeita realização”. Nessas hipóteses, nas quais haveria exclusão da tipicidade, “não existe qualquer oposição [...] entre o ‘sistema pessoal’ e o ‘sistema social’, entre a auto-realização de A e a integridade do bem jurídico só aparentemente lesado” (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

Noutras situações, porém, a lei se depara com um autêntico conflito entre os sistemas pessoal e social, entre o valor da auto-realização pessoal e uma perda efetiva ao nível do bem jurídico efetivamente lesado. Nessas situações, contudo, a lei até pode conceder prevalência à auto-realização pessoal,

mas se o faz, fá-lo em detrimento da ‘perda’ (ao nível do sistema social) de bens jurídicos que efetivamente lhe competia proteger [...] não pode nestas situações afirmar-se (como nas anteriores) que o consentimento corre parilha com a tutela do bem jurídico e concorre para uma mais plena realização da tutela. Pelo contrário, aqui o conflito é inarredável e a sua solução depende de qual o bem jurídico conflituante a que a e lei entende dar prevalência (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

É justamente nesse conflito que reside a natureza justificante que o consentimento pode assumir em certas ocasiões: de um lado, o interesse jurídico-penal na preservação de bens jurídicos, que não desapareceria por força do consentimento do titular; do outro, o interesse na preservação da auto-realização e da autonomia do titular do bem jurídico lesado. Logo, afigura-se possível sustentar um paradigma dualista quanto à natureza do consentimento.

2.2 Consentimento real e intervenções médico-cirúrgicas

Independentemente da posição sistemática ocupada pelo instituto, o fato é que a legitimidade das intervenções médico-cirúrgicas, em virtude da crescente valorização da autonomia e da autodeterminação pessoal, é condicionada pelo consentimento válido e eficaz do paciente. Segundo Frisch (2004), “a autonomia do paciente face à invasão da sua integridade física só resulta garantida quando se faz depender a exclusão da ilicitude (da lesão corporal) de um consentimento que cobre a intervenção, dado por um paciente capaz de autodeterminação ou da consonância com a sua vontade presumida”.

De acordo com Mezger (1958), “não atua antijuridicamente aquele que obra com o consentimento eficaz do lesionado. ‘Volenti non fit iniuria’”. Isso nos leva à necessidade de determinar os pressupostos necessários a um consentimento válido e eficaz, do que decorre a importância do estudo do consentimento no direito penal⁵. É o que faremos na sequência.

2.2.1 Requisitos do consentimento real

Considerando os limites do presente escrito, na sequência pretendemos expor os requisitos de eficácia do consentimento, numa aproximação interessada com as intervenções médico-cirúrgicas. Fá-lo-emos, advirta-se, com base na proposta de Santos, Neto e Souza (2011), para quem “o consentimento, na relação médico/paciente para o tratamento de saúde, pode ser definido como o ato em que o paciente autoriza uma intervenção em seu corpo com a finalidade, a partir desse ato, de se realizar um tratamento determinado e previamente explicado ao doente”.

2.2.1.1 Manifestação de vontade do paciente (expressa ou tácita, escrita ou não), clara e capaz de fazer com que o médico reconheça a sua existência e seus limites

⁵ O Código Penal português prevê, expressamente, a figurado consentimento, em seu art. 38º: *Consentimento*

1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

O consentimento exige uma manifestação de vontade do paciente, que se exteriorize de qualquer forma, permitindo ao médico reconhecer a sua existência e limites. Adota-se, aqui, no seguimento de Roxin, a *teoria intermédia* ou *mediadora*.

De acordo com o autor alemão, devem ser rechaçadas a *teoria da declaração da vontade* (ou *teoria do negócio jurídico*), que exigia uma manifestação expressa, e a *teoria da direção da vontade*, oposta à anterior, que via no consentimento um puro processo anímico de renúncia à vontade de proteção jurídica, pelo que bastava a aprovação interna, sem necessidade de manifestação exterior (ROXIN, 1997). Quanto à última, Roxin (1997) refere que “sem dúvida que no consentimento se expressa a vontade interna do portador do bem jurídico; mas um pensamento não manifestado não é expressão da vontade e, por falta de comparabilidade, não é adequado para lhe vincular consequências jurídicas”.

Daí a necessidade de uma manifestação exterior, mesmo que não expressa, para a existência do consentimento.

2.2.1.2 Consentimento livre e informado (esclarecido)

Só é possível falar em autodeterminação pessoal se o consentimento traduz uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse protegido. Isso nos remete à análise de dois aspectos importantíssimos relacionados ao consentimento: o *dever de esclarecimento* e a sua *liberdade*.

Souza (2009) afirma que, “inspirada pelos princípios da beneficência e da não maleficência (*nilhil nocere*), a relação médico-paciente faz derivar para o médico o dever de informação no interesse da saúde do paciente, fundamentalmente nos casos em que seja necessário prevenir ou curar enfermidades”. O esclarecimento, que constitui uma exigência das *leges artis*⁶, tem como objetivo principal assegurar ao paciente a possibilidade de uma decisão (FRISCH, 2004) quanto a dois aspectos: (I) ao que o paciente quer e não quer saber de si próprio e (II) à intervenção médica a ser realizada. É neste segundo aspecto que se fala em consentimento informado ou esclarecido (*informed consent*), isto é, “aquela decisão voluntária, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de uma determinada intervenção (tratamento ou experimentação), sabendo a sua natureza, suas consequências e seus riscos” (SOUZA, 2009).

⁶ Segundo o Código de Ética Médica, é vedado ao médico “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (art. 22) e “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (art. 31).

A grande questão repousa na determinação do *conteúdo* e dos *contornos* (*intensidade*) desse dever de esclarecimento.

Quanto aos fatos ou circunstâncias que devem ser abrangidos pelo esclarecimento (*conteúdo*), Frisch (2004) destaca a necessidade da intervenção, sua natureza e envergadura (o que deve ser feito de modo que seja possível ao paciente, pessoa leiga ou simples, avaliar aquilo a que com seu consentimento aceita submeter-se), consequências (necessária), riscos, razões que aconselham a intervenção e ditam sua urgência, esclarecimento do diagnóstico, fim almejado, perspectivas de sucesso e alternativas terapêuticas.

No que diz respeito à *intensidade* do esclarecimento, a informação precisa ser clara e acessível, adequando-se ao nível intelectual e cultural do paciente, bem como às suas condições psicológicas (SOUZA, 2009). Isso significa que se trata de “uma questão cuja resposta depende fundamentalmente das circunstâncias do caso concreto, não podendo avançar-se uma solução generalizada e válida, em igual medida, para todas as constelações fácticas” (FRISCH, 2004)⁷.

De outro lado, é possível falar em *exceções* ao dever de informar, nas hipóteses de *renúncia do paciente* e de *privilégio terapêutico*. Este último implica uma relativização do dogma da autonomia e autodeterminação da pessoa, em razão do mandamento hipocrático *nihil nocere*, “sempre que o esclarecimento possa desencadear perturbações drásticas e intoleráveis para a vida ou saúde do paciente e/ou comprometer o sucesso da intervenção” (SOUZA, 2009)⁸. Nessas hipóteses, o dever de informação poderia ser relativizado, de modo a se evitar uma piora na situação do paciente.

No que diz respeito à *liberdade no consentimento*, esta se verifica quando não há qualquer vício de vontade a inquiná-lo (engano, erro, ameaça, coação). Quanto à ameaça e à coação, a ineficácia do consentimento ocorrerá “sempre que a conduta tendente a obter o consentimento integre os tipos de crime da ameaça ou da coação” (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

O erro (espontâneo), como regra, é considerado irrelevante, não afetando o consentimento, exceto quando seja conhecido do agente e por ele aproveitado ou

⁷ Por exemplo: é necessário saber se se trata de uma intervenção urgente, caso em que o esclarecimento poderá ser mais reduzido; do mesmo modo, a intensidade depende do significado que certas circunstâncias assumem para o modo vida do paciente, sendo diferente a apreciação sobre o risco de uma intervenção sobre a voz quando o paciente é um cantor ou um burocrata.

⁸ Essa possibilidade está expressamente prevista no art. 157 do Código Penal português: *Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.*

quando sobre este impenda um dever jurídico de esclarecimento, como o que recai sobre o médico em relação às intervenções médico-cirúrgicas. Neste caso, é função do médico informar o paciente a ponto de lhe permitir tomar a decisão que melhor se lhe apareça (ROXIN, 1997). A questão é mais complexa quando se trata do engano (provocado). Nesse caso, costuma-se circunscrever a ineficácia do consentimento nas hipóteses de *engano referido ao bem jurídico*. Nas demais hipóteses (*engano não referido ao bem jurídico*), o consentimento seria plenamente eficaz (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

Roxin (1997), todavia, apresenta uma visão diferente, defendendo que mesmo em caso de engano não referido ao bem jurídico o consentimento deve ser considerado ineficaz, se o engano versar sobre uma *finalidade altruísta*⁹ ou colocar quem consente numa *posição análoga à do estado de necessidade*¹⁰.

2.2.1.3 Disponibilidade do bem jurídico

Mezger (1958) adverte que se se considerasse que o consentimento exclui o injusto com caráter absoluto, isso significaria admitir a livre faculdade de disposição sobre qualquer bem jurídico, o que não ocorre. Em verdade, apenas um bem jurídico pessoal pode ser lesado pelo fato eficazmente consentido, pois apenas este objeto tem um portador ou titular individualizável, e também porque, “se a relevância do consentimento advém do respeito pelo valor da auto-realização *pessoal*, só a pessoa [...] pode prestar de forma eficaz o seu consentimento” (FIGUEIREDO DIAS, 1997).

O problema mais complexo reside, portanto, na definição do caráter *livremente disponível* do interesse a que o consentimento se refere, problema que se agiganta especialmente em relação aos bens jurídicos, vida e integridade física. Roxin (1997), todavia, entende ser possível avançar alguns critérios-guia:

(I) Exclui-se desde logo o consentimento em relação a bens jurídicos cuja lesão se dirige contra a comunidade;

(II) O consentimento do portador do bem jurídico não exclui em todos os casos a realização do tipo. O autor se refere, aqui, especificamente ao bem jurídico vida, em relação ao qual considera totalmente ineficaz o consentimento, uma vez que o consentimento na própria morte não suprime a punibilidade do fato;

⁹ Por exemplo, quando D consente em se submeter a uma intervenção porque E, autor da intervenção, convenceu-o falsamente de que se tratava de uma experiência fundamental para o avanço da ciência, quando o que E queria era prejudicar D.

¹⁰ Por exemplo, quando A consegue com astúcia o consentimento telefônico para matar com um tiro um animal enjaulado, com o falso pretexto de que este escapou e pôe em perigo a comunidade.

(III) A ineficácia do consentimento nas lesões corporais quando o fato, apesar do consentimento, figura como contrário aos bons costumes¹¹.

No tocante ao último critério, constata-se que, não obstante se parta da livre disposição sobre o próprio corpo, essa liberdade é excepcionada na hipótese de o consentimento atentar aos bons costumes. Mas quando isso ocorreria?

Roxin (1997) alerta que não se trata de uma restrição com base em motivos puramente morais, mas que deve ser entendida “no sentido de que com ela apenas se alude aos princípios éticos cuja lesão cause dano social”, ou seja, somente se pode admitir um atentado aos bons costumes pelo fato quando do ordenamento jurídico se extrai claramente sua reprovação legislativa e quando o caso causa menoscabo de bens jurídicos que não estão à disposição do seu portador.

Figueiredo Dias (2007), por sua vez, também menciona que não se trata da contrariedade à moral do fato consentido nem do consentimento, de modo que o entendimento só pode ser,

à luz do fundamento justificante do consentimento, o de que o facto consentido constitui ofensa aos bons costumes sempre que (mas só quando) ele possui uma **gravidade** e (sobretudo) uma **irreversibilidade** tais que fazem com que, nesses casos, apesar da disponibilidade do bem jurídico, a lei valore a sua lesão mais altamente do que a auto-realização do seu titular.

Independentemente da posição que se adote, parece-nos que a exigência de respeito aos bons costumes é “contrária à dignidade da pessoa humana e aos princípios da autonomia e da autodeterminação individual, além de se configurar em uma intervenção paternalista do Estado na esfera pessoal de cada um” (SANTOS, NETO e SOUZA, 2011).

2.2.1.4 Capacidade de consentir

A análise do requisito da *capacidade de consentir* impõe-nos pelo menos duas questões: (I) primeiramente, um problema de *compreensão*, em razão da necessidade de se determinar conceitualmente o que é a capacidade para consentir; (II) secundamente, um problema relativo à *extensão*, no sentido de definir quando se pode afirmar a (in)existência dessa capacidade. Há, contudo, uma questão correlata a esta última, precisamente a de saber, nas hipóteses de ausência de capacidade, quais

¹¹ O critério da *não contrariedade aos bons costumes*, oriundo da jurisprudência e da doutrina germânicas, foi expressamente incorporado pelo Código Penal português, no seu artigo 38, item 1: *Consentimento - 1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.*

princípios devem resolver a (in)admissibilidade jurídica da realização da intervenção (FRISCH, 2004).

Quanto ao primeiro problema, Frisch (2004) afirma que

a capacidade de consentimento configura apenas uma caracterização objectivada no sentido de que uma pessoa possui os conhecimentos, os quadros de valores e os modelos de argumentação que podem ser reconhecidos como garantia de que é capaz de enquadrar correctamente o objecto da decisão nos seus critérios de valor. E, sobre esse pano de fundo, tomar uma decisão correcta.

Por outras palavras, torna-se necessário “garantir que quem consente é capaz de avaliar o *significado do consentimento* e o *sentido da acção típica*; o que supõe a maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica” (FIGUEIREDO DIAS, 2007)¹².

Nesse quadro, é possível avançar as seguintes possibilidades:

(I) em relação aos *adultos*, deve-se partir do princípio de que, em virtude do seu desenvolvimento, eles têm o conhecimento, valores e modelos de ponderação indispensáveis para tomar as decisões que a eles próprios dizem respeito. Vale aqui, portanto, o mesmo que vale para a capacidade negocial e a imputabilidade, de modo que a incapacidade para consentir é a exceção (FRISCH, 2004);

(II) em relação aos *menores* vigoram outros princípios, devendo-se começar pela verificação daquilo que para os adultos é pressuposto, ou seja, uma certa *maturidade*. Conquanto não exista consenso sobre a idade mínima para consentir na disposição de bem jurídico, sufragamos o critério proposto por Santos, Neto e Souza, para quem o marco inicial da capacidade para consentir pode ser fixado aos quatorze anos, podendo ser relativizado, com a sua diminuição, com base na *maturidade do consiente*, até o limite de doze anos, legalmente fixado como o início da adolescência (SANTOS, NETO e SOUZA, 2011).

Noutra perspectiva, uma vez verificada a incapacidade para consentir, surge a questão acerca de quem, e segundo que princípios, pode decidir sobre a intervenção. Trata-se de problemática que não comporta uma resposta unitária.

Em relação às pessoas capazes de consentimento, mas que apresentam uma incapacidade temporária (v. g., vítima inconsciente de um acidente, embriaguez

¹² Não é outro o posicionamento que extrai do Código Penal português, cujo artigo 38, item 3, refere que o *consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*.

completa), no caso de necessidade de uma manifestação, devem ser aplicados os princípios do *consentimento presumido* (SOUZA, 2011). Quanto aos menores, “a licitude da intervenção reclama antes um consentimento eficaz das pessoas constituídas na posição de representante legal, o mesmo valendo para aqueles considerados permanentemente incapazes (FRISCH, 2004).

2.2.1.5 Anterioridade do consentimento

À eficácia do consentimento exige-se que ele seja prestado antes da intervenção médica, sendo de todo irrelevante uma manifestação posterior do paciente. Além disso, deve-se ter em mente que o consentimento é revogável até o momento do fato.

2.2.1.6 Correspondência entre o que foi consentido e a atuação médica

A validade do consentimento demanda que a intervenção médica levada a cabo se insira nos limites fixados pelo consentimento, sob pena de responsabilização penal do profissional pelas condutas que ultrapassarem a autorização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez chegado até aqui, cremos ser possível apontar algumas conclusões, respeitada a ordem da exposição:

I) há três espécies de intervenções biomédicas (*tratamento curativo, experimentação terapêutica e experimentação não-terapêutica*), sendo as intervenções médico-cirúrgicas, que em regra se inserem no âmbito do tratamento curativo, as que mais despertam interesse em face do instituto do consentimento, objeto principal da investigação;

II) Brasil, Portugal e Alemanha divergem quanto ao enquadramento jurídico-penal das ofensas corporais decorrentes de intervenções médico-cirúrgicas. Ao passo que o Brasil parece ainda preso a uma compreensão paternalista da questão, Portugal é o que apresenta a melhor solução: não considera como ofensas típicas as lesões decorrentes de intervenções medicamente indicadas e respeitadoras das *leges artis*, ao mesmo tempo em que prevê a incriminação autônoma das intervenções médico-cirúrgicas levadas a cabo sem o consentimento do paciente, com o que se tutela e se respeita a autonomia e a autodeterminação pessoal;

III) acerca da posição sistemática do consentimento, afiguram-se teorias monistas e dualistas, com prevalência destas últimas, que reconhecem a possibilidade de o consentimento excluir por vezes o tipo (*acordo*), por vezes a ilicitude (*consentimento em sentido estrito*);

IV) o reconhecimento de um consentimento válido e eficaz no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas exige a presente dos seguintes requisitos, sem os quais não há respeito à autonomia e à autodeterminação do paciente: *manifestação de vontade do paciente (expressa ou tácita, escrita ou não), clara e capaz de fazer com que o médico reconheça a sua existência e seus limites; consentimento livre e informado (esclarecido); disponibilidade do bem jurídico; capacidade de consentir; anterioridade do consentimento; correspondência entre o que foi consentido e a atuação médica.*

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, t. 2, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral, v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.

COSTA ANDRADE, Manuel. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. Consentimento em direito penal médico – consentimento presumido. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, n. 1 e 2, ano 14, jan-jun 2004, p. 117-148.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral: tomo 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT e Coimbra, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, n. 1 e 2, ano 14, jan-jun 2004, p. 67-115.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**: da infração penal. Campinas: Millenium, v. 2, 1997.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio: parte general. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: tomo I: fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Cleópas Isaías dos; NETO, João Becon de Almeida; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 88, ano 19, jan-fev 2011, p. 19-42.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Considerações jurídico-penais acerca das intervenções biomédicas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 166, set. 2006.

_____. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direito Penal Médico e Consentimento Presumido. **Revista de Estudos Criminais**, v. 42, jul-set de 2011.

O DIREITO HUMANO À SAÚDE E A TECNOLOGIA:

a pandemia de COVID-19

*Guilherme Camargo Massaú
Sthefany Vasconcellos da Silva Geyer*

O DIREITO HUMANO À SAÚDE E A TECNOLOGIA: a pandemia de COVID-19

Guilherme Camargo Massáu¹

Sthefany Vasconcellos da Silva Geyer²

INTRODUÇÃO

O texto tem como objetivo analisar a interrelação entre o Direito à Saúde e a Tecnologia. Contudo, a fim de delimitar o âmbito da análise, utilizar-se-á exemplos de tecnologia empregada no acesso à saúde no caso da pandemia COVID-19. Isso se deve ao facto de o Direito à Saúde ser um Direito Humano e a tecnologia potencializar o acesso à Assistência Sanitária e à Saúde. Nesse sentido, há que se levar em consideração o rápido avanço Científico-Tecnológico em diversas áreas da prática humana, sendo a área da saúde beneficiada. O emprego da tecnologia tende a reduzir custos e tornar mais eficiente a assistência sanitária.

Desta maneira, a presente pesquisa utiliza-se do método hipotético-dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica documental, para analisar: (a) a positivação do direito fundamental e humano à saúde; (b) os aspectos gerais da Assistência Sanitária e da Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC; (c) as Inovações Tecnológicas como instrumentos de acesso às condições indispensáveis estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde – SUS; (d) os compromissos internacionais que englobam o direito de acesso às tecnologias com o fim de assegurar a saúde.

¹ Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da UFPel; Pós-Doutor (PUCRS); Doutor em Direito (Unisinos). Email: uassam@gmail.com.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas; Especialista em Gestão de Negócios Internacionais pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina em parceria com a Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias de Lisboa/Portugal; Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha de Bagé; Email: adv.svasconcellos@gmail.com.

1. DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO À SAÚDE

A título de delimitação conceitual direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos humanos pelo fato de estarem positivados em uma Constituição, sendo que os direitos humanos se encontram em documentos jurídicos internacionais (MASSEN, 2000. p. 5). Com isso, o texto constitucional estatal surge como um instrumento de consagração dos direitos humanos em seu âmbito interno, sob a titulação de direitos fundamentais, nos termos dos compromissos firmados na comunidade internacional e dos princípios que a regem (PIOVESAN, 2006. p. 29). Por isso, em geral, os textos que expressam os direitos humanos possuem maior grau de generalidade do que os dos direitos fundamentais. Os últimos tendem à densificação do direito humano, transformando-o em fundamental – a partir da regulamentação infraconstitucional – com o objetivo de torná-lo direito subjetivo, como é o caso do direito humano e fundamental à saúde.

Desta feita, o Direito à Saúde está previsto em Pactos e Declarações de Direito Internacional, como se pode observar nos seguintes documentos, *e.g.*: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Art. 25³; Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (1966), Art. 12⁴; Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá – 1948), Art. XI⁵; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais, e Culturais (Protocolo de San Salvador), Art. 10⁶.

Em relação à densificação do direito à saúde com objetivo de torná-lo direito subjetivo cabe destacar o Art. 196^o ao Art. 200^o da CRFB. Tais artigos estabelecem os fundamentos do Direito Sanitário brasileiro. Nota-se que a CRFB, ao invés de estabelecer os princípios gerais que regem o acesso à Saúde, se preocupou em definir de forma mais estreita o acesso ao Direito à Saúde. A Lei n^o. 8.080/90 regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, tal como a Lei Complementar n^o. 141/2012 que regulamenta os valores mínimos que devem ser destinados ao custeio do SUS.

³ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 19/12/2020.

⁴ ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais**. <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em 19/12/2020.

⁵ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem**. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 19/12/2020.

⁶ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais**. http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 19/12/2020.

Nestes termos, tal Legislação preconiza as “ações e Serviços de Saúde” no Brasil, sob a égide de suas diretrizes e princípios que atribuem ao Estado a garantia do direito humano fundamental à Saúde, por meio de “espaços e instrumentos para democratização e compartilhamento do processo decisório e da gestão do sistema de saúde” (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2012, p. 365).

2. ASPECTO GERAIS DA ASSISTÊNCIA SANITÁRIA E DA TIC

As inovações tecnológicas fazem parte do contexto sociopolítico-cultural contemporâneo, trazendo uma série de benefícios aos indivíduos e à sociedade, sendo que a assistência sanitária, também, usufrui desses benefícios. A tecnologia não se reduz à ciência. Nesse sentido, ela possibilita sistemas sofisticados capazes de elaborar diagnósticos mais precisos do que os humanos; dessa forma, cabe ressaltar que a tecnologia não se resume ao nível organizativo-material, mas se estende a outras aplicações, expandindo a capacidade humana, principalmente a do médico (BOTRUGNO, 2020, p. 25-27, 30).

Existe, atualmente, a tendência transformadora, pois se está diante de uma transição digital com um desenvolvimento introdutório da TIC na assistência sanitária a fim de melhorar a qualidade, acelerar e aumentar a sua eficiência. Nesse sentido, existem uma série de dispositivos que podem e são aplicados na prática médica, *e.g.*, celulares (*smart*) com sensores capazes de medir os parâmetros corporais dos pacientes; sistema de inteligência artificial que diagnostica, previne, controla, reabilita e elabora as medidas terapêuticas. Essa tendência otimizará o espaço e o tempo na prevenção e no tratamento das enfermidades, além de reduzir os custos, pois quanto mais avançado a TIC, menores são os custos (BOTRUGNO, 2020, p. 11, 13).

A Pandemia de COVID-19 acelerou a utilização das tecnologias no sistema sanitário (BOTRUGNO, 2020, p. 64) como meio de acesso à assistência à saúde de forma rápida e, devido às características da pandemia, de forma mais segura, pelo fato da distância entre paciente e médico. A utilização da TIC estabelece novo horizonte na assistência sanitária, afetando o espaço e o tempo. Como tudo, há alguns aspectos negativos, como é o caso do atendimento a distância que pode gerar um estado de ansia no paciente e no médico, pois ambos não estão em contato visual e direto (BOTRUGNO, 2020, p. 152). Ainda, há que salientar, também, a utilização das TICs no controle da pandemia no que se refere à análise e ao armazenamento de dados.

Essa nova forma de assistência sanitária (*e-health*) acarreta, também, problemas tais como o distanciamento entre o paciente e o médico, o armazenamento e a utilização dos dados do paciente; assim como uma mudança na percepção sociomaterialista a partir dos dispositivos tecnológicos do corpo humano, dos saberes, das ideias, dos discursos, dos objetos materiais e dos espaços. Conforme ocorre a introdução de novas tecnologias, há uma configuração e reconfiguração do corpo condicionado às novas formas de concepções e tratamentos. O exemplo mais notório é o avançado sistema de diagnóstico por imagem, em que o médico não precisa tocar no paciente para diagnosticar o problema, mas interpreta dados e imagens (BOTRUGNO, 2020, p. 169). Nesse sentido, deve-se levar em consideração a interação de material humano e não-humano por meio do vínculo entre a Pessoa e a Tecnologia (BOTRUGNO, 2020, p. 12-13, 21-22).

Em um futuro próximo surgirão novas formas de conflito com a sobreposição entre sistemas regulatórios, códigos, normas, disposições, orientações, prática jurídica, princípios e valores diferentes (BOTRUGNO, 2020, p. 119). Em face disso, o Direito terá que regular os conflitos exsurgentes, ou seja, o Direito terá que aperfeiçoar sua “capacidade de absorver as mudanças e inovações” sociais, visando integrar “a complexidade da sociedade contemporânea”, adequando seus instrumentos de proteção e promoção de direitos, evitando que “se aumentem as vulnerabilidades sociais e enfraqueça-se a democracia” (BERCOVICI, 1999, p. 7). Porém, cumpre ressaltar que se entendia que estas mudanças se dariam de forma gradual e progressiva ao longo do tempo (CARVALHO, 2012, p. 363), no entanto, diante do contexto da Pandemia de COVID-19, tais mudanças tornaram-se urgentes e imediatas para evitar o desamparo e minimizar os riscos daqueles que precisam de acompanhamento médico.

O fechamento e restrição de diversos serviços em face da pandemia acelerou o processo de introdução de novas modalidades na assistência sanitária a fim de garantir a continuidade da assistência, evitando expor paciente e médico à transmissão do COVID 19. No Brasil o serviço de telemedicina, em caráter excepcional e temporário, foi autorizado pela Portaria n. 467/2020 do Ministério da Saúde⁷ devido à pandemia (BOTRUGNO, 2020, p. 98, 104). Desta feita, cumpre ressaltar a contínua necessidade de os países irem em busca de “fundos para satisfazer as crescentes

⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 467/2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>. Acesso em 09/12/2020.

exigências e expectativas das suas populações e para pagar por tecnologias em rápida expansão e novas opções para melhorar a saúde” (OMS, 2010, p. 14).

Contudo, não se pode ignorar que possíveis novos problemas condizem com as mudanças sociais que ocorrem, também, devido à introdução de novas TICs. Porém, tende-se à redução da desigualdade de acesso à assistência sanitária, desde que as pessoas saibam operar e tenham acesso às TICs. Surge uma dimensão nova na assistência sanitária, a autonomia na prevenção e no próprio controle e tratamento do estado da saúde (BOTRUGNO, 2020, p. 145-146). Trata-se do paciente digital ativo (BOTRUGNO, 2020, p. 149).

Por conseguinte, para efeito de delimitar o tema, abordar-se-á, essencialmente, a telemedicina no caso brasileiro.

3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A TECNOLOGIA

A Lei nº 8.080/1990 implementa o Sistema Único de Saúde, sob a égide dos princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde de forma integral, em todos os níveis de assistência; da igualdade na assistência à saúde; e da integralidade da assistência, e desta maneira ampara previsão no sentido de os entes estatais integrem-se com o fim de “articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde” (BRASIL, 1990).

Desta forma, as inovações tecnológicas proporcionam a efetivação do Art. 2º da Lei n. 8.080/90⁸ no sentido de promover meios de acesso às condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde como aponta o Art. 196º da CRFB⁹. Dessa forma, o Art. 7º da Lei nº. 8.080/90 estabelece princípios¹⁰ fundados no Art. 198º da CRFB, e o inciso

⁸ *In verbis*: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”. Vide: BRASIL. **Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em 06/12/2020.

⁹ *In verbis*: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Vide: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06/12/2020.

¹⁰ Dentre eles os seguintes princípios: “I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; [...] IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário”. Vide: BRASIL. **Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 06/12/2020.

XI impõe a conjugação de recursos tecnológicos, dentre outros, entre os entes federados na prestação de serviço de saúde à população (BRASIL, 1990). O Art. 13º, inciso V, exige a articulação das políticas e programas no sentido de abranger, por parte das comissões intersectoriais, a Ciência e a Tecnologia (BRASIL, 1990). No entanto, a Lei n. 12.401/2011 incluiu a parte referente à assistência terapêutica e à incorporação de tecnologia em saúde (BRASIL, 1990). Nesse sentido, o SUS possui a base geral para a introdução, evolução e expansão tecnológica no sentido de efetivar e de potencializar o acesso e a assistência à saúde.

O Código de Ética Médica, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2217/2018, prevê no seu Art. 37º, §1º, do Capítulo V (relação com pacientes e familiares), o emprego da telemedicina (CFM, 2019). Por conseguinte, tem-se a telemedicina¹¹ lastreada nos seguintes elementos: fornecimento de suporte clínico; superação de limites geográficos; conexão de indivíduos que estejam em locais diversos a partir do “uso de vários tipos de TICs com objectivo final de melhorar os resultados de saúde” (APMT, 2020)

Com isso, identifica-se a necessidade de uma adaptação do uso digital, não só para a disseminação de conteúdos e dados referentes à área da saúde, mas também para complementar a cobertura de acesso à saúde mediante a possibilidade de atendimento médico a pessoas que dele necessitem (FARINIUK, 2020). Pode-se falar assim em “*smart cities*”, ou seja, cidades que aderem à inteligência artificial como instrumento facilitador de acesso que permitem, por meio de plataformas emergentes e da telemedicina, a comunicação virtual entre médicos e pacientes (FARINIUK, 2020).

Assim, no actual contexto, identifica-se a relevante função dos aplicativos e das plataformas digitais de assistência à saúde. No Brasil foram desenvolvidos 15 (quinze) aplicativos para dispositivos móveis (*smartphones*) “que auxiliam na comunicação, estruturação, organização de dados e informações”, bem como “possibilitam armazenamento, processamento, acesso em tempo real e/ou remoto e compartilhamento destes, seja pelos profissionais envolvidos na assistência, seja pelo próprio paciente”, o que inclui textos informativos sobre a doença, diagnóstico prévio, análise de exames, consultas e diagnósticos pela via digital (NETO, 2020).

¹¹ De acordo com a APMT, o conceito de telemedicina descrito pela Organização Mundial da Saúde é: “A prestação de serviços de saúde, onde a distância é um fator crítico, por todos os profissionais de saúde usando tecnologias de informação e comunicação para a troca de informações válidas para diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças e lesões, pesquisa e avaliação, e para a educação continuada dos prestadores de cuidados de saúde, tudo no interesse de avançar na saúde de indivíduos e suas comunidades”. Vide: APMT, Associação Paulista de Medicina do Trabalho. **Aspectos éticos da telemedicina**. Disponível em: . Acesso em: 04/01/2021.

Diante da actual Pandemia de COVID-19, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2019, a partir de um “levantamento nas cem maiores cidades do país”, constatou-se que 83% (oitenta e três por cento) das cidades em análise adoptam estrategicamente ferramentas digitais para enfrentar a pandemia nas áreas mais afectadas, dentre elas “São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Distrito Federal” (FARINIUK, 2020).

No entanto, deve-se observar a baixa aderência da telemedicina em regiões em que há dados alarmantes de contaminação, bem como a exclusão oriunda das vulnerabilidades sociais de populações que não possuem acesso aos meios tecnológicos e, portanto, à informação, como no caso das regiões Norte e Nordeste (FARINIUK, 2020).

4. COMPROMISSOS INTERNACIONAIS

Diante de um “processo de multiplicação de direitos”, cumpre a adesão de compromissos internacionais que visem promover e amparar direitos humanos universalmente reconhecidos e que, independentemente do tempo e espaço, necessitam da união de esforços internacionais para evitar-se eventuais violações e, portanto, vulnerabilidades sociais (PIOVESAN, 2018, p. 282).

Desta forma, em consonância com o disposto no Art. 27¹² da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) aprovou a Declaração de Veneza sobre o Direito de desfrutar dos Benefícios do Progresso Científico e de suas Aplicações, que foi procedida pelo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2012 (BELLESA, 2016).

Desta feita, a UNESCO propõe a participação dos indivíduos no usufruto das tecnologias. Além disso, tem-se também a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, datada de 2005, que surgiu com a responsabilidade de tratar das questões biomédica, biotecnológica, sanitária, social e ambiental (UNESCO, 2005). Nesta linha, tal declaração prevê em seu Art. 2º seus objectivos, dentre eles a promoção do acesso igualitário “aos desenvolvimentos médicos, científicos e tecnológicos, assim como a maior difusão possível e o rápido compartilhamento de conhecimento relativo a tais desenvolvimentos e a participação nos benefícios” (UNESCO, 2005).

¹² “Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”. *Vide*: ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. . Acesso em: 04/01/2021.

A partir disso, sob o viés de responsabilidade social, os países devem promover o direito humano fundamental à saúde, tendo-a como “objetivo central dos governos”, ampliando o compartilhamento de benefícios, de forma que “os benefícios resultantes de qualquer pesquisa científica e suas aplicações devem ser compartilhados com a sociedade como um todo e, no âmbito da comunidade internacional, em especial com países em desenvolvimento” (UNESCO, 2005).

No entanto, a Organização das Nações Unidas (ONU) suscita desafios no cumprimento da cobertura integral de Saúde através da utilização das TICs, quais sejam: (a) disponibilidade de recursos para garantir que todos os indivíduos tenham “acesso imediato a todas as tecnologias e intervenções” que visem qualificar a Saúde; (b) as taxas exigidas para o acesso imediato à Consultas, Medicamentos e Tratamentos, o que obsta um acesso integral e igualitário de todas as pessoas às redes de saúde; e (c) “o uso ineficiente e desigual de recursos. Numa estimativa conservadora, 20-40% dos Recursos de Saúde são desperdiçados” (OMS, 2010, p. 13).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais, aqui, trazem alguns elementos de complementação do desenvolvimento da temática do texto. A saúde é direito fundamental e humano, ao ponto de não poder ser ignorada por parte do Estado. Com a Pandemia de COVID-19, o Direito à Saúde revelou-se não só um Direito localizado, mas internacionalizado, na medida em que as pessoas em movimentação disseminaram o vírus do COVID-19. Além do alastramento do vírus, a facilidade de infecção fez com que as autoridades estatais, a partir das orientações científicas, exigissem restrições severas no que concerne aos contactos pessoais.

Nesse sentido, as TICs auxiliaram no Controle e no Atendimento de pessoas com problemas de Saúde relacionados ao COVID-19 e outras enfermidades. As TICs, especificamente a TeleMedicina, contribui para manter a Assistência Sanitária e os cuidados médicos, garantindo o Distanciamento Social e o Atendimento de pacientes, à distância, o que terá contribuído para evitar contágios do COVID-19., a. É importante, contudo, referir que a TeleMedicina reduz os problemas de acesso ao Direito à Saúde por parte de pessoas que habitam Regiões (urbanas ou rurais) de difícil acesso às Unidades Sanitárias. No entanto, isso dependerá do Acesso às Plataformas Tecnológicas e da capacidade das pessoas em lidar com essa nova realidade. Por sua vez, a Regionalização facilita o controle de movimento dos pacientes de determinada zona virtual de influência (BOTRUGNO, 2020, p. 122-124).

As TICs revolucionaram a Organização Social, e no modo das relações pessoais, e ocasionaram outras mudanças. A TeleMedicina, e as suas potencialidades, tem impacto positivo na garantia do Acesso à Saúde, principalmente, em Pandemias como a que se está vivenciando desde o final de 2019. O Brasil não é o único a utilizar desse meio, a Itália e o Reino Unido, *e.g.*, já empregavam esse acesso, mas com a Pandemia a demanda aumentou.

REFERÊNCIAS

- APMT, Associação Paulista de Medicina do Trabalho. **Aspectos éticos da telemedicina**. Disponível em: <<https://apmtsp.org.br/aspectos-eticos-da-telemedicina/#>>. Acesso em: 04/01/2021.
- BELLESA, Mauro. **As implicações do direito humano de beneficiar-se da ciência**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/noticias/o-direito-humano-de-beneficiar-se-da-ciencia>>. Acesso em: 02/01/2021.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. 36. n. 142. abr./jun. 1999. p. 35-52.
- BOTRUGNO, Carlo. **La nuova geografia del diritto alla salute**. Innovazione tecnologica, relazioni spaziali e forme di sapere. Roma: IF Press, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06/12/2020.
- BRASIL. **Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 06/01/2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 467/2020**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>>. Acesso em: 09/12/2020.
- CARVALHO, Claudia Paiva. Desafios democráticos para a constituição dirigente: entre vinculação e abertura constitucional. In: **Revista Jurídica da Presidência**. v. 14. n. 103. Brasília. Jun./Set. 2012, p. 357-381.
- CORTE Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 19/12/2020.
- CORTE Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 19/12/2020.
- CONSELHO Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 06/01/2021.
- FARINIUK, Tharsila Maynardes Dallabona. *Smart cities e pandemia: tecnologias digitais na gestão pública de cidades brasileiras*. In: **Revista de Administração Pública**. vol. 54. n. 4. Rio de Janeiro, Jul/Ago. 2020. Disponível em:
- <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400860>. Acesso em: 04/01/2021.
- MASSEN, Gerrit. **Grundrechte**. München: C.H.Beck, 2000.
- NETO, Nelson Miguel Galindo; *et al.* COVID-19 e tecnologia digital: aplicativos móveis disponíveis para download em smartphones. In: **Revista Texto e Contexto Enfermagem**. vol. 29. Florianópolis, Julho de

128 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-072020000100203&script=sci_arttext&tling=pt>. Acesso em: 04/01/2021.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde - SUS. In: GIOVANELLA, Lígia. (Org.) et al. **Política e Sistema Único de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 19/12/2020.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 19/12/2020.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. **Relatório Mundial da Saúde: financiamento dos sistemas de saúde**. Disponível em: <<https://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>>. Acesso em: 04/01/2021.

PIOVESAN, Flávia. **Caderno de Direito Constitucional: Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. EMAGIS, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em: 02/01/2021.

ÉTICA E DEONTOLOGIA PROFISSIONAL DOCENTE EM TEMPOS DE COVID-19:

limitações e oportunidades

José da Cruz Muluta

ÉTICA E DEONTOLOGIA PROFISSIONAL DOCENTE EM TEMPOS DE COVID-19: limitações e oportunidades

José da Cruz Muluta¹

INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre a Ética e a Deontologia profissional docente em tempos do COVID-19, suas limitações e oportunidades. Parte do facto de que a situação da pandemia criada pelo COVID-19 interferiu significativamente no campo da Educação, contribuindo para grandes mudanças no comportamento social e deontológico do pessoal docente. Considera, ainda, que a par das dificuldades ocasionadas pela pandemia houve, no processo de ensino e aprendizagem, aspectos positivos e inovadores que tiveram como finalidade dar resposta à situação vigente.

De forma geral, a pesquisa pretende analisar as dificuldades educativas trazidas pela Pandemia, assim como as oportunidades colhidas pelos docentes no exercício da sua profissão. Como questão de pesquisa, houve o interesse em saber quais foram as dificuldades/limitações que os docentes tiveram que enfrentar e quais foram as oportunidades colhidas no exercício da actividade docente desde a eclosão da Pandemia da Coronavírus. Os objectivos específicos visaram a identificação dos valores éticos e deontológicos reavidos e revitalizados na vigência do Estado de Emergência; descrever as adaptações feitas pelo docente para responder à situação evidenciar a necessidade de uma deontologia e axiologia educacional permanente.

A ética como reflexão filosófica sobre o comportamento humano e sobre o seu sentido último, é entendida como “atitudes que uma sociedade, na sua sabedoria e experiência considera positivos para a paz e a ordem social, para o progresso dos cidadãos e para o aumento do bem-estar de todos”, Martini (1993, p.11). A Ética é também disciplina que procura determinar a finalidade da vida humana e os meios de a alcançar, preconizando juízos de valor que distinguem o bem e o mal e como princípios morais por que um indivíduo rege a sua conduta pessoal ou profissional.

¹ Doutorando em Inovação Educativa. Universidade Católica de Moçambique. Jmulu,ta@ucm.ac.mz

A educação é, por sua vez, o processo através do qual a sociedade prepara os seus membros, para garantir a sua continuidade e o seu desenvolvimento, sendo uma realidade dinâmica que deve buscar, continuamente, as melhores estratégias para responder aos novos desafios impostos pela sociedade. Para que haja continuidade e progresso da sociedade é necessário que a educação seja alicerçada em valores éticos e deontológicos que a sustentem e que orientem a atitude e comportamento dos cidadãos em geral e do pessoal docente em particular.

Toda a ética radica na pessoa humana, como fonte de valores e produtora de valores e é ainda na pessoa humana onde reside a possibilidade de inovação e de superação, onde se encontra, por exemplo, o próprio princípio de educabilidade. Ademais, a pessoa humana tem direitos e deveres, é constituída de inteligência, consciência moral e liberdade. Assim, a ética, enquanto comportamento humano, diz respeito à organização da vida da pessoa, da família, das instituições, da sociedade como um todo.

A relevância deste tema reside no facto de a actividade docente assim como toda a realidade a ela relacionada constituírem elemento fundamental do processo de ensino e aprendizagem. Reflectir sobre ela em tempo de pandemia ajudará a encontrar as melhores formas de a exercer, de modo que se alcancem os objectivos da educação, não obstante os constrangimentos.

Do ponto de vista metodológico esta pesquisa obedece ao paradigma interpretativo, justificado pela sua natureza caracteristicamente qualitativa. Optou-se pela pesquisa qualitativa pela sua abordagem indutiva, a visão holística e a investigação naturalista. Entende-se que na abordagem indutiva os investigadores chegam à compreensão dos fenómenos a partir de padrões provenientes da recolha de dados. Parte-se sobretudo dos próprios dados, e não de teorias prévias, para a compreensão ou explicação e se situa mais nas peculiaridades do que na obtenção de leis gerais. Na visão holística há uma visão abrangente da realidade, sendo os indivíduos, grupos e situações vistos como um todo. Deste modo, a compreensão do significado de um comportamento ou evento só é possível em função da compreensão das interpretações que emergem do contexto.

As características da pesquisa qualitativa acima descrita concordam com as de Lessard-Herbert, Goyete e Boutin (1990), para quem o objecto de análise na vertente interpretativa deve ser visto em termos de acção, que abrange não apenas o comportamento físico, mas também os significados que lhe atribuem o actor e aqueles que interagem com ele.

Como instrumentos de investigação nos servimos da observação, análise de conteúdo de material correspondente ao nosso objectivo. O local no qual fizemos a

observação do desempenho dos professores é uma instituição de ensino localizada na cidade de Nampula. Com relação ao modo como os dados recolhidos foram tratados recorreremos à análise de conteúdo. Algumas limitações do estudo dizem respeito às dificuldades ocasionais de escassez de material bibliográfico.

Sabe-se que a análise de dados é uma técnica para ler e interpretar o conteúdo de toda a classe de documentos, que analisados adequadamente nos abrem as portas para o conhecimento de aspectos e fenómenos da vida social de outro modo inacessíveis, ou seja, uma interpretação pessoal por parte do pesquisador com relação à percepção que tem dos dados. Neste sentido, a interpretação de dados obedeceu a fase da *preparação*, que consistiu na identificação das diferentes amostras de informação a ser analisada; leitura e identificação de qual dele está efectivamente de acordo com os objectivos da pesquisa; em seguida fizemos a *descrição* - como momento de expressar os significados captados e intuídos nas mensagens analisadas; finalmente a *interpretação*, cuja finalidade é atingir uma compreensão mais profunda do conteúdo das mensagens.

1. O CONCEITO E ÉTICA

A definição de Ética como conjunto de princípios ou padrões de conduta que regulam as relações dos seres humanos com o mundo em que vivem, conforme Lodi (2007), harmoniza-se com a de Martini (1993), para quem a “ética indica os comportamentos que uma sociedade, na sua sabedoria e experiência, considera positivos para a paz e a ordem social, para o progresso dos cidadãos e para o aumento do bem-estar de todos” (p. 9). Outros significados de ética apontam para o seu sentido absoluto, como sendo ético aquilo que é bom em si mesmo, aquilo que deve ser feito ou evitado a todo o custo e em todo o caso, independentemente das vantagens pessoais ou sociais que daí se extraiam.

Adicionalmente, Filho, Benedito e Cali (2008, p.123) referem-se da “ética como a ciência da moralidade”. Na sua percepção, a palavra ética, quer dizer algo estável e firme, que pressupõe a aplicabilidade de princípios e a preocupação com a conduta. Completando esta percepção pode associar-se também um outro sentido, isto é, como conjunto de princípios e normas que um grupo estabelece para o exercício profissional. Finalmente, o filósofo contemporâneo Paul Ricoeur (2007), entende que a ética reflecte a intenção de uma vida boa, com e para os outros, em instituições justas.

Nas definições acima apresentadas, o objecto da Ética incide nos comportamentos conscientes e voluntários dos indivíduos que afectam outros indivíduos, determinados grupos sociais ou a sociedade no seu conjunto. Explica a razão de ser das diferentes práticas morais de cada sociedade e das mudanças de moral. Pelo seu

âmbito vasto e pela sua inegável relação com o comportamento, a ética deve ser entendida como uma disciplina crítica. Ela baseia-se nos desejos humanos mais projetivos, isto é, aquilo que se quer e pode fazer, e tem lugar, por isso, no centro dos processos educativos e culturais.

1.1 Os princípios da Ética

Sendo a ética orientada para a vida em sociedade, os princípios da ética visam criar condições para que haja harmonia nas relações sociais e interpessoais, sendo a sociedade o conjunto de pessoas ligadas, de modo orgânico, por um princípio de unidade que ultrapassa a cada uma delas. É a ética que regula a vida social através dos seus princípios, entre os quais o Bem Comum, a Solidariedade, a Subsidiariedade, a Participação, o Destino Universal dos bens, princípios que, quando conjugados com os critérios objectivos da moralidade: o Dever, a Justiça, a Liberdade e Responsabilidade, criam a referida harmonia. Estes princípios assim como os deveres devem ser alicerçados na virtude, entendida como “disposição habitual e firme de fazer o bem, que permite a pessoa não somente a praticar actos bons, mas a dar o melhor de si mesma”, (Catecismo nº 1804), ou, conforme (Mazula,2005), uma vida bem vivida, como a entendiam Platão e Sócrates.

Nesta ordem, por Bem comum entende-se “o conjunto de condições da vida social que permitem, tanto aos grupos, como a cada um dos seus membros, atingir mais plena e facilmente a própria perfeição” (C.D.S.I, nº 164). O agir moral do indivíduo se realiza fazendo o bem, assim o agir social alcança a plenitude realizando o bem comum. O bem comum é entendido como a dimensão social e comunitária do bem moral. E, nesse sentido, as instituições políticas, têm a finalidade de tornar acessíveis às pessoas os bens necessários, sendo materiais, culturais, morais, espirituais para levar uma vida verdadeiramente humana.

Com relação a este princípio temos a considerar que o bem comum empenha a todos os membros da sociedade, todos devem colaborar, de acordo com as próprias possibilidades, na sua busca e no seu desenvolvimento. No contexto moçambicano em geral e no campo do direito à educação a observância deste princípio beneficia a sociedade em geral e as pessoas em particular.

Em seguida, o princípio da Solidariedade advoga que as novas relações de interdependência entre homens e povos, que são de fato formas de solidariedade, devem transformar-se em relações tendentes a uma verdadeira e própria solidariedade ético-social, que é a exigência moral ínsita a todas as relações humanas (C.D.S.I. nº192).

O princípio da Subsidiariedade (C.D.S.I. n.º 185), ensina que não é lícito retirar aos indivíduos o que eles podem realizar com as forças e a indústria própria para confiá-lo à comunidade, assim também é injusto remeter a uma sociedade maior e mais alta aquilo que as comunidades menores e inferiores podem fazer. Com base neste princípio, todas as sociedades de ordem superior devem pôr-se em atitude de ajuda “*subsidium*” - e, portanto, de apoio, promoção e incremento - em relação às menores. A implicação concreta deste princípio é que cada pessoa, família e corpo intermédio tem algo de original para oferecer à comunidade.

Finalmente, o princípio da participação (CDSI, n.º 189), ensina que todo o cidadão, como indivíduo ou associado, directamente ou por meio de representantes, deve contribuir para a vida cultural, econômica, política e social da comunidade civil a que pertence. A participação é um dever a ser conscientemente exercitado por todos, de modo responsável e em vista do bem comum. Para compreender estes princípios plenamente, é preciso agir na sua direção, isto é, pô-los em prática e não os conhecer teoricamente.

1.2 Princípios e critérios objectivos da ética: uma relação de complementaridade.

Para que os princípios da ética tenham incidência no comportamento social do indivíduo devem estar em íntima sintonia com os critérios objectivos da ética, nomeadamente a justiça, a liberdade e responsabilidade, o sentido do dever, a honestidade. Não basta ter um conhecimento conceptual de justiça, por exemplo, se a pessoa não pratica a justiça.

Na sua formulação mais clássica, a justiça consiste na constante e firme vontade de dar a cada um o que lhe é devido (CIC.1805). A liberdade é, conforme o Catecismo (1992, n.º1731), “o poder, fundado na razão e na vontade, de agir ou não agir, de fazer isto ou aquilo, portanto, de praticar actos deliberados”. Ensina ainda que a liberdade é, no homem, uma força de crescimento e amadurecimento na verdade e na bondade. Quanto mais se pratica o bem, mais a pessoa se torna livre, pois não há verdadeira liberdade a não ser a serviço do bem e da justiça. É a liberdade que torna o homem responsável por seus atos, na medida em que forem voluntários. Martini (1992), relaciona liberdade com a responsabilidade e entende que ser responsável significa dever responder, dar conta dos próprios actos diante do outro (indivíduo ou sociedade) que confiou uma coisa, uma pessoa, uma função.

Com relação à verdade como critério, os homens estão obrigados de modo particular a tender continuamente à verdade, a respeitá-la e a testemunhá-la responsabilmente. Viver na verdade tem um significado especial nas relações sociais: a convivência entre os seres humanos em uma comunidade é efetivamente ordenada,

fecunda e condizente com a sua dignidade de pessoas quando se funda na verdade. Quanto mais as pessoas e os grupos sociais se esforçam por resolver os problemas sociais segundo a verdade, tanto mais se afastam do arbítrio e se conformam às exigências objetivas da moralidade.

Finalmente, o sentido do dever como critério, é entendido como uma obrigação e que muitas vezes deixa de ser o desejado ou apropriado a uma pessoa.

Todos estes valores são imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade e devem orientar a vida de todos os cidadãos, sem exceção de ninguém. Para a assimilação destes valores, Mazula (2005) na sua obra intitulada *Ética, Educação e criação de Riqueza*, uma reflexão epistemológica, sustenta a necessidade e urgência de uma educação ética e democrática das novas gerações, dando-lhe pontos de referência racionais para os desafios de desenvolvimento. O autor toma a ética no seu sentido grego de cultura de valores. Sustenta ainda que deve ser institucionalizada a educação da ética nos currículos escolares dos níveis primários, secundário e superior do sistema de Educação. Defende ainda que a paz, a democracia e o desenvolvimento de Moçambique constituem um desafio ético da educação moçambicana.

1.3 A Deontologia profissional

A aplicação da Ética geral no campo das actividades profissionais, assim como a assunção de certos princípios e valores próprios do ser humano para vivê-los nas suas actividades de trabalho é, conforme Camargo (2010), o que significa deontologia profissional, associada à diceologia, isto é, o estudo dos direitos que a pessoa tem ao exercer as suas actividades.

A deontologia profissional é, portanto, “o estudo dos deveres que orientam o agir humano no campo profissional” (Camargo, 2010, p.32). Anteriormente, Monteiro (2005) a tinha definido como “um código de princípios e deveres, com respectivos direitos, que se impõem a uma profissão e que ela se impõe a si própria, inspirados nos valores fundamentais” (p.24). Toda a profissão deve dispor de organização adequada com as actividades, obrigações e responsabilidades com consciência de grupo, para que a pessoa encontre uma razão mais forte para viver de acordo com os princípios de solidariedade e também para que a conduta de cada um se reflecta na formação da imagem da profissão.

A deontologia, como ramo da ética, é uma disciplina normativa, pois carrega princípios de conduta humana, directrizes no exercício de uma profissão, estipula os deveres que devem ser seguidos no desempenho de uma actividade profissional; persegue o dever, o correcto ou exigível, e está presente, com força de lei, em grande parte dos casos, em todas as profissões.

É sugestivo o panorama deontológico no campo da educação em geral apresentado por Monteiro (2005), cujos princípios são nomeadamente: a educação como um direito do homem; o primado do interesse do educando que deve ser o princípio fundamental da responsabilidade social dos educadores; o dever geral dos profissionais da educação de competência e exemplaridade elevadas; o desejo do saber, próprio do ser humano, que deve ter como bússola o valor da verdade, e como sentido a elevação da dignidade e bem-estar da humanidade, através do mais elevado nível de realização de todos os direitos de todos os seres humanos. Nesse sentido os direitos e deveres aplicáveis na generalidade às profissões da educação dizem respeito à relação com (o) os educandos (s); relação com os colegas, relação com a instituição, relação com as famílias e a comunidade e, finalmente, para com a profissão. Trazemos aqui resumidamente, como exemplo, alguns deveres apontados por Monteiro (2005, pp.114-119) nos aspectos acima mencionados:

Na relação com os educandos o educador deve respeitar e promover o respeito da Ética dos direitos do ser humano; respeitar a singularidade de cada educando e o seu direito à sua diferença pessoal, social e cultural, sem discriminações; praticar a reciprocidade ética na relação com os educandos, respeitando a sua dignidade e seus direitos e estimulando o seu exercício; contextualizar as aprendizagens no mundo actual e na vida real do(s) educando(s), para torná-las mais significativas; estimular o pensamento crítico, criativo, e alimentar, acima de tudo, o desejo de aprender, entre outros.

Na relação com os colegas ao educador é exigido respeitar as competências, trabalho e opiniões dos colegas, exprimindo com respeito críticas ou divergências em órgãos e reuniões de pares; manter relação de cordialidade, lealdade e cooperação com os colegas, sendo solidário em situações de dificuldades ou de injustiça; ajudar colegas principalmente que necessitem ou solicitem conselho ou apoio; guardar sigilo sobre informações relativas à vida privada dos colegas obtidas no exercício de cargos institucionais; colaborar com outros profissionais, no interesse superior dos educandos.

Na relação com a instituição impõe-se não mentir ou falsificar sobre as suas habilidades profissionais e elementos curriculares; cumprir as suas obrigações contratuais com assiduidade, pontualidade e diligência; participar nas reuniões e actividades institucionais em que a sua presença seja requerida ou nas quais a sua contribuição possa ser útil; desempenhar os cargos a que se candidatar, ou para que for solicitado, com sentido de missão institucional e de solidariedade profissional; não utilizar indevidamente recursos da instituição de um modo abusivo;

Na relação com as famílias e a comunidade deve-se respeitar e valorizar as características do meio onde a escola está inserida, e reforçar a sua ligação através da

participação em iniciativas de interesse para os educandos e para a comunidade; respeitar a identidade e diferenças culturais, sociais e outras dos pais ou outros responsáveis pelos educandos, bem como as respectivas situações familiares; guardar sigilo sobre informações relativas à vida familiar, excepto nos casos em que a lei ou o interesse superior do educando imponha a sua comunicação a uma autoridade; manter com os pais ou outros responsáveis pelos educandos uma relação de respeito, confiança, cortesia, diálogo e cooperação, informando-os regularmente sobre a vida escolar do educando, solicitando e respeitando a sua maneira de ver.

Para com a profissão é necessário cultivar uma elevada concepção da profissão e torná-la atraente pelo profissionalismo com que é exercida; respeitar e cuidar da dignidade da profissão (mesmo fora do seu exercício) e não sacrificar os seus valores a ilegítimos interesses de lucro ou outros; colaborar com a organização profissional com sentido de responsabilidade pelos valores e interesses profissionais comuns e ser solidário com movimentos organizados para sua defesa.

Quanto aos direitos inerentes a estes deveres compreendem: direito a uma formação à altura das exigências, responsabilidade e dificuldades da profissão; direito de recusar funções para as quais não tenha a competência exigível; direito a uma avaliação objetiva e justa do seu trabalho; direitos de defesa em qualquer situação de alegada infracção; direito a condições de dignidade, dedicação, segurança e sucesso no exercício da profissão.

A pertinência de um código remete-nos a concluir que os profissionais da educação não podem conformar-se a um agir profissional funcionalista, tarefeiro, centrado no cumprimento do programa entendido como obrigatório e sua didáctica.

É evidente que os códigos de deontologia profissional têm como fonte normativa a Declaração Universal dos direitos Humanos, de 9 de Dezembro de 1948, a Convenção sobre a luta contra a discriminação no domínio do ensino, adoptada pela UNESCO, em 1960, a Convenção sobre os direitos da criança, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Novembro de 1989; a Recomendação sobre a condição do pessoal docente, adoptada pela UNESCO e pela OIT, a 5 de Outubro de 1966, entre outros. Entretanto, é também certo que não basta que haja um código deontológico, é indispensável que o seu estudo seja uma componente de formação profissional. Aprender uma deontologia é aprender a pensar, decidir, agir e reagir à luz fundamental da profissão. Por isso, é indiscutível a necessidade de conhecimento da deontologia profissional nas instituições educativas a fim de regular o comportamento e assim evitar as arbitrariedades comportamentais.

2. A SALVAGUARDA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

A noção de direitos humanos implica que se trata de direitos atribuíveis a cada homem enquanto tal, que esses direitos estão ligados à qualidade de homem, não estabelecendo distinção entre os homens e não se estendendo além deles. Quer se conheça quer não a origem do lugar particular reservado ao homem, a pessoa humana possui uma dignidade que lhe é própria a ela merece o respeito enquanto sujeito moral livre, autónomo e responsável. Daí a situação ímpar que lhe é reconhecida e que o direito se obriga a proteger.

Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana que é a condição de uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de maneira a ultrapassar o campo do que é efetivamente protegido, é preciso admitir como corolário a existência de um sistema de direito com um poder de coagir. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá a obrigação de respeitar simultaneamente tanto a dignidade da pessoa de cada ser humano, tanto no que lhe diz respeito a si próprio como no que diz respeito aos outros homens, como o poder encarregue de proteger esses direitos.

Se é o respeito pela dignidade da pessoa que funda uma doutrina jurídica dos direitos humanos, esta pode, igualmente, ser considerada como uma doutrina das obrigações do homem porque cada um deles tem a obrigação de respeitar a pessoa humana, tanto a sua própria como a dos outros. Da mesma maneira, o Estado encarregue de proteger esses direitos e de obrigar a respeitar as obrigações correlativas, é ele próprio forçado não somente a abster-se de atentar contra esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Tem ainda a obrigação de criar condições favoráveis ao respeito pela pessoa humana para todos aqueles que dependem da sua soberania.

O respeito pela dignidade da pessoa humana é considerado hoje como um princípio geral do direito comum a todos os povos. Não existe, porém, em matéria de direito humanos, critério objectivo, permitindo traçar a fronteira de equilíbrio entre os direitos de uns e de outros. O respeito pela dignidade do homem conduz ao respeito pelas entidades nacionais das quais ele faz parte. Refira-se que todo o pensamento ético pode dividir-se entre as chamadas “Éticas teleológicas”, que buscam as finalidades do existir humano, e as “Éticas deontológicas”, cuja ênfase está na busca, fundamentação e instituição do que é correcto e adequado.

3. LIMITAÇÕES E OPORTUNIDADES DA ACTIVIDADE DOCENTE EM TEMPOS DO COVID-19

Em quase todo o mundo em geral e em Moçambique em particular, a pandemia do coronavírus, o Covid-19, obrigou ao encerramento das escolas, sejam elas regulares e profissionais. Diante desta situação, muitos gestores escolares e educacionais tiveram que encontrar outras saídas emergenciais para continuarem as actividades. Introduziu-se então, de um momento para o outro e muito rapidamente novas metodologias apoiando-se em tecnologias digitais. Rapidamente as aulas presenciais foram substituídas para a modalidade *online*, de ensino a distância. Alunos e professores foram obrigados a uma aprendizagem rápida.

A introdução de novas modalidades de ensino encontrou impreparadas as infraestruturas escolares assim como os professores que se viram na contingência do tempo para dar aulas em on-line, gravar vídeos, preparar os materiais e compartilhar com os alunos. Porém, grande parte de docentes são imigrantes digitais que inadvertidamente vira-se obrigados ao uso da tecnologia para a leccionação. À esta situação adicionou-se também a dificuldade de participação dos estudantes, pela limitação de acesso às plataformas digitais.

Assim, podemos mencionar os impactos negativos do Covid-19 no campo da docência: Despreparo das escolas, professores e alunos; poucos professores tiveram formação adequada para lecionar à distância, necessitando, desse modo, uma adaptação às novas dinâmicas de interação com os alunos; interrompeu-se a de comunicação com as famílias; a inacessibilidade das tecnologias de informação e comunicação, etc.

Entretanto, ainda que o motivo não tenha sido agradável, notam-se alguns impactos positivos ao que damos o nome de oportunidades, no campo ético e deontológico: Primeiro, os docentes tiveram a oportunidade de investir em novas aprendizagens. Embora no início houvesse uma resistência por causa da falta de experiência, pouco a pouco foi-se superando essa dificuldade, familiarizando-se e aperfeiçoando o uso das tecnologias de informação e comunicação; segundo, o uso de metodologias ativas que levaram a uma aprendizagem significativa dos estudantes. A teoria de aprendizagem significativa prevê a necessidade de o aprendiz se colocar como sujeito activo e não passivo no seu processo de aprendizagem. A aprendizagem significativa ocorre quando o aprendiz é capaz de receber novas informações e racionalizar, de forma a construir uma interacção com o que já sabe previamente e o que acaba de conhecer. Morreira e Masini (2001), descrevendo o método de David Ausubel, entendem que o conhecimento que um indivíduo possui é chamado de

conceito de subsunção, isto é, conceitos e proposições estáveis no indivíduo que garantem ao aprendiz a possibilidade de conhecer ideias novas, agregando em seus conhecimentos prévios novas informações.

Segundo a teoria de Ausbel, o professor deve preocupar-se em organizar as ideias de forma que após a sua explicação, o mapa conceptual não se torne um objecto a ser memorizado, mas um instrumento para esta aprendizagem. A teoria da aprendizagem significativa é também aplicável para a assumpção de valores culturais que a sociedade moçambicana ostenta, em vista a criação de cidadãos comprometidos com a vida nas suas variadas vertentes, sócio-política, cultural, económica. Nesse sentido, assimilação significa um processo de racionalização não superficial. A reconciliação integrativa indica a necessidade de trazer ao aprendiz, na matéria instrucional, elementos que o incentivam a pensar, explorar significados e buscar diferenças e similaridades. Em suma, cada pessoa constrói uma base de conhecimentos.

Terceiro, o desenvolvimento de pensamento crítico e conhecimento científico: O conhecimento científico é entendido como uma representação mental, ou seja, a construção do objecto que se conhece mediante a reconstituição simbólica dos dados da nossa experiência (Ngoenha, 2007); ele constitui o elemento transcendente na actividade cognoscitiva (Ramos e Santiesteban, 2014); é apresentado como um conhecimento baseado em factos reais, que se podem constituir em problemas de investigação, verificável por processos experimentais e organizados sistematicamente em corpos lógicos que formam teorias, (Azevedo e Azevedo, 2008).

O conhecimento científico surge, conforme Köche (2012), da necessidade de o homem não assumir uma posição meramente passiva, de testemunha dos fenómenos, sem poder de acção ou controle dos mesmos. Cabe ao homem, otimizando o uso da sua racionalidade, propor uma forma sistemática, metódica e crítica da sua função de desenvolver o mundo, compreendê-lo, explicá-lo e dominá-lo. Köche (2012) entende ainda que o que impulsiona o homem em direcção à ciência é a necessidade de compreender a cadeia de relações que se esconde por trás das experiências sensíveis dos objectos, factos ou fenómenos captados pela percepção sensorial e analisadas de forma superficial e subjectiva pelo senso comum. O homem quer ir além dessa forma de ver a realidade imediatamente percebida e descobrir os princípios explicativos que servem de base para a compreensão da organização ou classificação e ordenação da natureza em que está inserido.

Em quarto lugar os docentes foram desafiados a exercer virtude da paciência e fortaleza na interacção com os estudantes. Sabe-se que as virtudes humanas são atitudes firmes, disposições estáveis, perfeições habituais da inteligência e da vontade

que regulam os nossos actos, guiam o nosso procedimento segundo a razão. Ainda que não fosse de maneira optimal, os docentes de tudo fizeram para que, ainda no meio das surpresas criassem condições para a aprendizagem dos seus alunos e mostraram grande compromisso e responsabilidade com a educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão sobre o tema da Ética e Deontologia Profissional Docente em Tempos de Covid-19-Limitações e Oportunidades, leva-nos a concluir que a Pandemia do Covid-19 revelou a impreparação das instituições de Ensino e desafiou os profissionais de Educação a reinventar as Metodologias de Ensino e a investir na reflexão sobre diferentes alternativas para a gestão do processo de ensino e aprendizagem. Ao lado das dificuldades de adaptação das novas exigências para responder a emergência imposta pela pandemia, estão as oportunidades de melhoramento das infraestruturas das instituições de ensino assim como de todo o processo pedagógico.

Apesar dos inumeráveis desafios da adaptação e passagem do Ensino Presencial ao Ensino à Distância, durante a Pandemia da Covid-19, os professores, alunos e familiares foram se adaptando à nova realidade, promovendo uma troca de aprendizagens razoável, embora não fosse necessária uma Pandemia para se dar valor à necessidade de aprendizagens significativa usando metodologias apropriadas para tal. Assim, também não era necessária uma pandemia para se cultivar as virtudes humanas, como é o caso da paciência no trato com os alunos, persistência nas dificuldades. Não era igualmente necessária uma Pandemia para os professores aperfeiçoarem o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação como recurso de ensino e aprendizagem.

REFERÊNCIAS

- Perelman, C. **Ética e Direito**. Bruxelas: Ed. Instituto Piaget, 1990.
- Camargo, M. **Fundamentos de ética geral e profissional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.
- Catecismo da Igreja Católica**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1992.
- Conselho Pontifício. **“Justiça e Paz”**, Compêndio da Doutrina Social da Igreja. Vaticano: Principia, 2005.
- Lodi, L.H. (Coord). **Ética e cidadania**. Construindo valores na escola e na sociedade. Brasília, Brasil: Ministério da Educação, 2007.
- Martini, C. M. **Viagem pelo vocabulário da Ética**. São Paulo, Brasil: Unip, 1993.
- Mazula, B. **Ética, educação e criação de riqueza**. Uma reflexão epistemológica. Maputo, Moçambique: Imprensa Universitária, 2005.

142

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

- Monteiro, A.R. **Deontologia das profissões da Educação**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2005.
- Monteiro, H. & Ferreira, P. D. **Ética e Deontologia**. Maputo, Moçambique: Plural Editora, 2014.
- Morreira, M.A. e Masini, E. **Aprendizagem significativa**: a teoria de David Ausubel. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2000.
- Ngoenha, S.E. **Estatuto axiológico da educação**. Maputo, Moçambique: Livraria Universitária-UEM, 2000.

O ENSINO HÍBRIDO COMO UMA MEDIDA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR NA ÉPOCA DE ESTADO DE EMERGÊNCIA:

caso da faculdade de direito da UCM

Nelsone David Bechane Chapananga

O ENSINO HÍBRIDO COMO UMA MEDIDA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR NA ÉPOCA DE ESTADO DE EMERGÊNCIA: caso da faculdade de direito da UCM

Nelsone David Bechane Chapananga¹

INTRODUÇÃO

Devido à Pandemia de COVID-19 que assolou Moçambique desde Março de 2020 e as consequentes Medidas de Prevenção tomadas por Sua Excelência o Presidente da República de Moçambique, Filipe Jacinto Nyusi, incluído a decretação de várias fases de Estado de Emergência, o processo de Ensino e Aprendizagem, a todos os níveis de Ensino, do Pré-Escolar até ao Superior, foi colocado numa situação de incertezas.

Para gerir o processo de ensino, o ano lectivo de 2020 teve que durar treze (13) meses, de Fevereiro de 2020 a Fevereiro de 2021, diferentemente do habitual em que um ciclo escolar dura apenas dez (10) meses, de Fevereiro a Novembro.

O maior desafio foi a opção pela migração dos Cursos do Regime Presencial para o Modelo de Ensino a Distância, processo conduzido sem mínimas condições para o efeito, já que as aulas *online* nunca foram consideradas como fundamentais para os Cursos que leccionam de Regime Presencial. Pior de tudo, o Ensino à Distância foi implementado pelos gestores escolares sem mínimo conhecimento do sistema e sem tempo para fazer consultas bibliográficas para tomar medidas que possam ajudar o processo de migração de um sistema para o outro.

Quase todos os implementadores do novo processo, as direcções, os docentes e os estudantes, estavam alheios ao mesmo, pois, pouquíssimos já tinham contacto directo com o ensino *online*. Os poucos docentes que antes tiveram um certo contacto, nunca tiveram formação na área.

¹ Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável e estudante finalista de Doutoramento em Direito Civil na Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Direito, em parceria com a Universidade Nova de Lisboa; Director Adjunto Pedagógico da Faculdade de Direito da UCM.

Além disso, a escassez de meios necessários para a implementação do ensino *online* também foi o grande desafio a ser ultrapassado. Docentes e estudantes meios que pudessem suportar o sistema e nem condições financeiras para aguentar com o custo da internet.

Como resultado, muitos estudantes estiveram fora do processo. Não houve tempo suficiente para colmatar as lacunas criadas pelo sistema *online*, principalmente através de aulas presenciais de recuperação e o processo de avaliações foi resumido em dois trabalhos acadêmicos e um exame *online* pouco conseguido.

É nesta senda que surge a seguinte questão de partida: *como é que o ensino híbrido pode servir de meio para o exercício do direito à educação superior na época da pandemia?*

Para responder a esta questão traçou-se o seguinte objectivo: estudar os modelos de ensino híbrido que possam responder o processo de ensino e aprendizagem na época de estado de emergência, mas assegurando e mantendo a qualidade.

O estudo também contou com dois objectivos específicos, nomeadamente: Criar um modelo de ensino que permite incentivar o desenvolvimento da autonomia dos estudantes, a flexibilização do tempo e a escolha do momento oportuno para sua aprendizagem principalmente na época em que o ensino presencial deixa de ser solução; e responder as orientações do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior de 09 de Março de 2021 (Ofício n.70/MCTESTP/GM/380/2021), sobre a introdução do ensino híbrido nas instituições do ensino superior.

Trata-se de um estudo aplicado, na medida que os resultados serão implementados numa realidade física, isto é, na Faculdade de Direito (FADIR) da UCM. O mesmo seguiu uma pesquisa bibliográfica e descritiva alicerçadas numa abordagem quantitativa.

Como instrumentos de recolha de dados usou-se a análise documental e dois inquéritos *on-line*, sendo um para os estudantes, com recurso a [Google Formulários](#) e outro, para docentes, via [EasyTestMaker](#). O estudo contou também com dois grupos populacionais compostos por 595 estudantes a frequentar os cursos de licenciatura em Direito, Administração Pública e Tecnologia de Informação e 46 docentes. Para a amostra participaram, de forma aleatória, 53 estudantes, correspondentes a 90% do nível de confiança com uma margem de erro de 10,8 e 29 docentes tanto a tempo inteiro como a tempo parcial, representando um nível de confiança de 95% com uma margem de erro de 9,9.

Para facilitar a sua melhor leitura e compreensão, o trabalho segue a seguinte estrutura: introdução seguida por umas teorias sobre o direito à educação superior e ensino híbrido, onde se fez uma retrospectiva do direito à educação superior em

Moçambique, estado de emergência e modelos de ensino híbrido. Depois se apresentou o ensino híbrido na FADIR, onde se analisou o modelo de aulas *on-line* implementado em 2020, as avaliações do mesmo feitas pelos estudantes e docentes e a proposta do ensino híbrido a ser seguido pela FADIR em 2021.

Na última parte aparecem as conclusões e as referências bibliográficas.

1. TEORIAS SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR E ENSINO HÍBRIDO

1.1 O Direito à educação superior em Moçambique

O Art. 43º da Constituição da República de Moçambique (CRM) (Revisão de 2018) estabelece que “os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”.

Nesta perspectiva, o direito à educação superior², em Moçambique, deve ser interpretado e integrado de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem que dita, no seu Art. 26º, nº. 1, “... A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito”.

Isto quer dizer que o acesso ao ensino superior constitui um direito fundamental que deve ser acessível a todos os cidadãos moçambicanos segundo o seu mérito. É neste contexto que a CRM consagra, no nº. 1 do seu Artigo 88º que “na República de Moçambique a educação constitui direito e dever de cada cidadão” e no nº.2 diz que “o Estado promove... a igualdade de acesso de todos os cidadãos ao gozo deste direito”.

Já o n. 1 do Art. 114º da mesma Constituição que, especificamente regula sobre o ensino superior, diz “o acesso às instituições públicas do ensino superior deve garantir a igualdade e equidade de oportunidades e a democratização do ensino, tendo em conta as necessidades em quadros qualificados e elevação do nível educativo e científico no país”.

Os pontos-chave das duas normas, da DUDH e da CRM, cingem-se na consideração do ensino superior como um direito que deve ser acessível a todos.

² A Declaração mundial sobre a educação superior no século XXI: visão e ação, define educação superior como “... todos os tipos de estudos, de formação ou de preparação para a pesquisa, num nível pós-secundário, oferecidos por uma universidade ou outros estabelecimentos de ensino acreditados pelas autoridades competentes do Estado como centros de ensino superior” (UNESCO, 1998)

Todavia, a limitação de qualquer direito humano só é possível nas condições e situações previstas no n.1 do Art. 72º da CRM que diz: “as liberdades e garantias individuais só podem ser suspensas ou limitadas temporariamente em virtude de declaração do estado de guerra, do estado de sítio ou do **estado de emergência** nos termos estabelecidos na Constituição”. **(O grifo é nosso)**

Por isso, o foco principal do nosso trabalho é analisarmos o direito à educação superior no período de estado de emergência e o recurso ao ensino híbrido como solução para a sua manutenção.

1.2 O Estado de Emergência e a Restrição do Direito à Educação Superior em Moçambique

Como afirma Manuel Nogueira de Brito (2020, p.8) “o estado de emergência constitucional é declarado com o objetivo de promover o regresso à normalidade”. Essa afirmação faz todo sentido, pois a CRM estabelece como condição para a declaração do estado de emergência, a existência de agressão efectiva ou iminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional ou de calamidade pública (n.1 do Art. 290º). Depois da situação normalizar-se, o estado de emergência cessa.

Assim, nos termos do Art. 72º da CRM, o estado de emergência pode ser uma das razões que o Estado pode invocar para a restrição dos direitos humanos. Porém, há que considerar que a limitação deve seguir as regras constitucionais previamente consagradas. Por exemplo, a CRM determina que a declaração do estado de emergência deve ser fundamentada e especificar as liberdades e garantias cujo exercício é suspenso ou limitado (n.2 do Art. 290º).

Além da especificação dos direitos abrangidos, o tempo de duração do estado de emergência não deve ultrapassar os trinta dias, prorrogáveis por iguais períodos até três, caso persistirem as razões da sua declaração (Art.292º), e em nenhum caso a limitação ou suspensão pode abranger os direitos à vida, à integridade pessoal, à capacidade civil e a cidadania, a não retroactividade da lei penal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de religião (Art. 294º).

Todavia, o direito à educação não faz parte dos direitos à liberdade abrangidos pelas limitações previstas no Art.295º da CRM e nem faz parte dos direitos cuja limitação é proibida pelo art. 292 da CRM. Logo, trata-se de um direito que pode ser restringido com a declaração do estado de emergência.

Uma experiência prática tem a ver com os sucessivos estados de emergência que o Presidente da República de Moçambique (PRM) declarou desde Março de 2020, como passamos a ver a seguir.

Devido à Pandemia de Coronavírus causada pela COVID-19, no 30 de Março, o PRM declarou Estado de Emergência em todo o Território Nacional, considerando a Pandemia como calamidade pública, com a duração de 30 dias (Decreto Presidencial nº. 11/2020, de 30 de Março).

Uma das medidas restritivas estabelecida pelo Decreto Presidencial foi a “suspensão das aulas em todas as escolas públicas e privadas, desde o ensino pré-escolar até ao ensino universitário” [a línea c) do art. 3]. Trata-se de uma medida que deixou todas as estruturas da Universidade Católica de Moçambique (UCM) meio perplexas, pois as aulas presenciais acabavam de iniciar logo no dia 17 de Fevereiro. Contudo, a solução primária foi a de mudar do sistema de ensino presencial, que era *praxe*, para o ensino *on-line* (Decreto n. 12/2020, de 2 de Abril³, alterado pelo Decreto n. 14/2020, de 9 de Abril), apesar das dificuldades encontradas posteriormente, mas sempre com a expectativa de retomar ao ensino presencial depois dos trinta dias.

Passados os trinta dias a situação calamitosa persistiu e, através de outro Decreto Presidencial n. 12/2020, de 29 de Abril, ratificado pela Lei n.4/2020, de 30 de Abril, o PRM prorrogou o estado de emergência para mais trinta dias, mantendo a suspensão de aulas [al. b) do art. 13] nos mesmos moldes anteriormente estabelecidos, cujas medidas de execução administrativa foram aprovadas pelo Decreto n. 26/2020, de 8 de Maio alterado pelo Decreto n.32/2020, de 20 de Maio. A segunda prorrogação veio a acontecer no dia 28 de Maio através do Decreto Presidencial n.14/2020, de 28 de Maio, ratificado pela Lei n.6/2020, de 29 de Maio, cujas medidas de execução administrativa foram aprovadas pelo Decreto n.36/2020, de 2 de Junho.

O cenário de estado de emergência não parou por aí, visto que a pandemia continuou e, mais uma vez, o PRM teve que declarar a terceira prorrogação do Estado de Emergência, agora limitando as aulas [alínea b) do art. 3 do Decreto Presidencial n. 21/2020, de 26 de Junho, ratificado pela Lei n.8/2020, de 29 de Junho], cujas medidas de execução administrativa foram aprovadas pelo Decreto n. 51/2020, de 1 de Julho.

Para o ensino superior, o n. 3 do art. 15 do Decreto n. 51/2020 estabelece duas fases de retoma de aulas presenciais onde, na primeira, deveria incidir sobre os dois últimos anos de cada curso e, na segunda fase, dever-se-ia abranger todos os outros anos.

De seguida, pelo Decreto Presidencial n.23/2020, de 5 de Agosto, o PRM voltou a declarar o Estado de Emergência por mesmas razões, e volta a limitar as aulas. O Decreto n. 69/2020, de 11 de Agosto é que aprova as medidas de execução administrativas das normas contidas neste Decreto Presidencial. O mesmo determina a retoma de aulas presenciais, a partir do dia 8 de Agosto de 2020, e condiciona-a à

³ O art. 13 deste Decreto dispõe: “...as instituições de tutela emitirão instruções que assegurem o cumprimento dos programas de ensino e o ajustamento dos calendários escolares”.

existência de planos de contingências sectoriais e verificação das condições adequadas, pelas autoridades sanitárias; emissão de instruções que assegurem o cumprimento dos programas de ensino pelas instituições de tutela e; ajustamento dos calendários escolares [alínea a) do n.1 e alíneas a), b) e c) do n. 2, do art. 15].

Depois dos trinta dias previstos pelo Decreto Presidencial n.23/2020, o número de novas infecções causadas pela COVID-19 aumentou e, desta vez, foi declarada a situação de Calamidade Pública e activou-se o alerta vermelho através do Decreto n. 79/2020, de 4 de Setembro. Este Decreto manteve os mesmos condicionalismos estabelecido pelo Decreto n. 69/2020 para que as aulas sejam presenciais (n.1 do art. 15) e, foi revisto pelo Decreto n. 102/2020, de 23 de Novembro, que, por sua vez, manteve as mesmas regras (n.1 do art. 14).

Na verdade, a história passou a ser longa e os decretos não pararam de sair estabelecendo, de forma pontual, as medidas a ser seguidas em cada momento para a contenção da Pandemia. O Decreto n. 102/2020, foi revogado pelo Decreto n. 110/2020, de 18 de Dezembro. Este, por seu turno foi revogado pelo Decreto n.1/2021, de 13 de Janeiro, mas todos mantendo os mesmos condicionalismos para as aulas presenciais no ensino superior.

O Decreto n. 2/2021, de 4 de Fevereiro, veio a revogar o Decreto n.1/2021, e voltou a suspender todas as aulas presenciais nas instituições de ensino superior, por um prazo de 30 dias (art. 15). Por sua vez, este veio a ser revogado pelo Decreto n. 7/2021 de 5 de Março que voltou a autorizar a retoma das aulas presenciais no Ensino Superior (n.1 do art. 15).

E, finalmente, até ao momento da elaboração deste artigo se encontrava em vigor o Decreto n. 17/2021, de 6 de Abril que revê as medidas aprovadas pelo Decreto n. 7/2021, porém, mantendo a autorização feita pelo Decreto que revoga (n.1 do art. 15).

Contudo, encontrando-se neste estado de insegurança permanente do ensino presencial, as instituições de ensino superior procuram alternativas a este modelo. Daí que surgem ideias de implementação de ensino híbrido como uma das possíveis garantias do direito à educação superior à sociedade moçambicana. Para tal, passamos a considerar, nos pontos seguintes, aspectos ligados a esta nova realidade.

2. O ENSINO HÍBRIDO: NOVA REALIDADE A SER ESTUDADA

Por várias razões, o actual modelo pedagógico da universidade moderna, baseado na transmissão de informação (Plebani e Domingues, 2009, p.57), está em colapso. Topscoott e Williams (2010) afirmam:

O actual modelo pedagógico, que constitui o coração da universidade moderna, está se tornando obsoleto. [...]. A aprendizagem baseada na transmissão pode ter sido apropriada para uma economia e uma geração anterior, mas cada vez mais ela está deixando de atender às necessidades de uma nova geração de estudantes que estão prestes a entrar na economia global do conhecimento⁴.

Na verdade, as aulas expositivas partem do pressuposto de que todos os estudantes aprendem no mesmo ritmo e absorvendo informação ouvindo o professor. Valente, citando Davidson afirma ainda:

Independentemente do conteúdo a ser trabalhado na sala de aula, a maneira como isso acontece tem como objectivo construir uma prática disciplinar voltada para a fábrica ou empresa, que mais tarde poderá contratar seus graduados. Considerando que o modelo industrial está sendo gradativamente substituído pelo modelo de produção e de serviço baseado na economia do conhecimento, diversos órgãos como Unesco (2009) e mesmo os PCNs (BRASIL, 1998) têm proposto métodos de ensino alternativos, explorando a colaboração, a exploração, a investigação, o fazer, mais adequados para a idade pós-industrial (2014, p. 81).

Além disso, encontramos-nos numa época em que as tecnologias de informação e comunicação (TICs) dominam o mundo. Os jovens desta geração⁵ são flexíveis, criativos e questionadores, curiosos, sabem onde buscar a informação e têm facilidade em consegui-la. Eles também necessitam de reconhecimento por tudo o que desempenham e têm pressa em conseguir o que almejam (Noto: 2017).

Outra razão não menos importante, são as exigências da pandemia do coronavírus, COVID-19, que instabilizam o processo de ensino baseado em modelos presenciais, ou seja, modelos de transmissão de informação, assim como bem mostramos no caso mais recente do Estado moçambicano acima.

Assim, torna-se crucial procurar meios alternativos que possam substituir os modelos industriais por modelos que coadunem com as exigências do momento, daí os esforços para o efeito. Por exemplo, Brandford, Brown e Cocking apresentam as seguintes três principais conclusões sobre a ciência de aprendizagem. Eles afirmam que

⁴ Na língua original, Inglês, o autor escreveu: *"The current model of pedagogy, which is at the heart of the modern university, is becoming obsolete. [...] Broadcast learning may have been appropriate for a previous economy and generation, but increasingly it is failing to meet the needs for a new generation of students who are about to enter the global knowledge economy"*.

⁵ Geração apelidada por "geração Y" compreendida por indivíduos nascidos entre 1980e 2000. (NETO:2017, p. 61).

Para desenvolver a competência em uma área de investigação, os alunos devem: a) ter uma profunda base de conhecimento factual; b) compreender factos e ideias no contexto de um quadro conceitual e c) organizar o conhecimento de modo a facilitar sua recuperação e aplicação (2000, p. 16)⁶.

Isto significa que além de reter a informação, o aprendiz necessita ter um papel activo para significar e compreender essa informação segundo conhecimentos prévios, construir novos conhecimentos, e saber aplicá-los em situações concretas (Valente:2014). Portanto, isso implica repensar a estrutura da sala de aula e a abordagem pedagógica utilizada.

Neste contexto, têm surgido diversas propostas de práticas pedagógicas alternativas que visam fornecer ao estudante uma aprendizagem activa, em contraposição da aprendizagem baseada em transmissão de informação que é considerada passiva (Valente:2014).

Dentre as referidas práticas se destacam a aprendizagem baseada na pesquisa, o uso de jogos, a Aprendizagem Baseada em Problemas (PBL⁷), ou a Aprendizagem Baseada em Problemas e por Projectos⁸ (ABPP).

Contudo, nos últimos anos, com o recurso a Tecnologias Digitais de Informação e Comunicação (TDIC), têm se alterado bastante a dinâmica da escola e da sala de aula, dando origem ao chamado *blended learning*, ou *ensino híbrido*.

2.1 Noção de Ensino Híbrido

Para Valente (2014:84), o ensino híbrido é uma modalidade de *e-learning* onde parte das actividades são realizadas totalmente a distância e parte é realizada na sala de aula.

Por seu turno Staker e Horn (2012) definem *blended learning* como um programa de educação formal no qual um estudante aprende pelo menos em parte, por meio do ensino *on-line*, com algum elemento de controle do estudante sobre o tempo, lugar, modo e/ou ritmo do estudo, e pelo menos em parte em uma localidade física supervisionada, fora de sua residência.

⁶ Tradução livre da versão original: “to develop competence in an area of inquiry, students must (a) have a deep foundation of factual knowledge, (b) understand facts and ideas in the context of a conceptual framework, and (c) organize knowledge in ways that facilitate retrieval and application”.

⁷ Sigla inglesa que significa *Problem Based Learning*. O foco desta modalidade consiste em enfatizar a resolução de problemas ou as situações significativas, contextualizadas no mundo real. (Valente:2014, p. 82).

⁸ Nesta os problemas são enfrentados e estudados de forma colectiva e colaborativa por um grupo de aprendizes e não individualmente.

Como podemos ver no conceito original em inglês⁹, os autores explicam que na parte realizada *on-line* o aluno dispõe de meios para controlar quando, onde, como e com quem vai estudar, porém, o conteúdo e as instruções deste modelo devem ser elaborados especificamente para a disciplina ao invés de usar qualquer material que o aluno acessa na internet, pois não seria diferente de uma aprendizagem informal.

Além disso, os autores enfatizam que a parte presencial deve necessariamente contar com a supervisão do professor, valorizar as interações interpessoais e ser complementar às atividades *on-line*, proporcionando um processo de ensino e de aprendizagem mais eficiente, interessante e personalizado (Valente: 2014).

No entanto, no conceito de Staker e Horn encontramos dois aspectos principais, melhor esquematizados por Machado, Lupepso e Jungbluth (2010, p.10):

Primeiro, o ensino híbrido é um ensino *on-line*, pois é baseado na *web* e aliado com algum mecanismo de controle do próprio estudante sobre o seu processo de ensino e aprendizagem (tempo, ritmo, percurso de estudo);

Segundo, contempla aprendizagem em um local físico supervisionado, onde o estudante irá aprender fora de casa e sob supervisão de um professor ou supervisor.

Além destes dois aspectos os autores, citando a nova versão da obra de Staker e Horn de 2013, eles apresentam o terceiro aspecto: Aprendizagem integrada, que ocorre por meio da integração entre o ensino *on-line* e o presencial, em que as modalidades se complementam para proporcionar uma experiência de formação integrada.

Ora, aplicamos, até já, de forma indiscriminada os termos ensino híbrido e *blend learning* de forma propositada, visto que a literatura usa estes termos e mais outros como *b-learning*, educação bimodal, aprendizagem combinada, dual, semipresencial e semivirtual como sinónimos para descrever a modalidade de ensino semipresencial (Machado, Lupepso e Jungbluth:2010, p.8).

E esta modalidade pode ser materializada sob vários modelos como poderemos ver a seguir.

2.2 Modelos de Ensino Híbrido

Staker e Horn (2012) mapearam e definiram quatro modelos para o ensino híbrido adaptados e planeados de acordo com os objectivos de cada disciplina, os

⁹ O texto na língua original diz: “Blended learning is... a formal education program in which a student learns at least in part through online delivery of content and instruction with some element of student control over time, place, path, and/or pace and at least in part at a supervised brick-and-mortar location away from home”.

problemas enfrentados, público-alvo, tipo de equipe, papel do professor, espaço físico, dispositivos (Machado, p.13), etc. São eles: a) *rotação* (rotação por estações, laboratório rotacional, sala de aula invertida e rotação individual), b) *flex*, c) *à la carte* e d) *virtual invertido*.

a) Rotação

De acordo com Staker e Horn, a rotação é definida como sendo,

um programa no qual, dentro de um determinado curso ou matéria (por exemplo, matemática), os alunos alternam em um horário fixo ou a critério do professor entre as modalidades de aprendizagem, pelo menos um deles é o aprendizado online. Outras modalidades podem incluir atividades como instrução em pequenos grupos ou em classe completa, projetos em grupo, tutoria individual e trabalhos com lápis e papel (2012, p.8).

Neste caso o nome rotação deriva das alternâncias de modalidades de aprendizagem, basicamente do modelo presencial, na sala de aula, ao modelo *on-line*, que de preferência ocorre fora da sala de aula. Mas, além desta alternância de locais, o conceito mostra também a necessidade de alternar as actividades de aprendizagem. Por causa disso a própria rotação é subclassificada em:

i) Rotação por estações - onde o espaço físico é dividido por estações de trabalho, cada uma com um objectivo de aprendizagem específico, mas todas conectadas ao objectivo central da aula (Machado, Lupepso e Jungbluth: 2010, p.13).

O importante neste processo é que os estudantes troquem de estações passando por todas elas até ao fim da aula e pelo menos uma das estações deve ser a de trabalho *on-line*.

ii) Laboratório rotacional – Consiste em dividir os estudantes em dois espaços de trabalho, sendo um deles o laboratório de informática para a realização da(s) actividade(s) *on-line*. O outro espaço é ou pode ser determinado pelo professor, podendo ser a sala de aula (Machado, Lupepso e Jungbluth: 2010, p.14).

Para corresponder ao modelo de rotação, na verdade os estudantes devem alternar estes dois espaços conforme o tempo estipulado pelo professor.

iii) Sala de aula invertida – caracteriza-se pelo facto de os conteúdos e as instruções serem estudados *on-line* antes de o aluno frequentar a sala de aula, que passa a ser o local para trabalhar os conteúdos já estudados, realizando actividades práticas como resolução de problemas e projectos, discussão em grupo, laboratórios, etc. (Valente: 2014, p.85).

Aqui ocorre a inversão das actividades que outrora, ou seja, no sistema presencial, decorriam na sala de aula passam a ser realizadas fora dela, mediadas pela tecnologia digital (Machado, Lupepso e Jungbluth: 2010, p.15) e, as que eram realizadas fora da sala passam a ser realizadas na sala de aula, supervisionadas pelo professor.

Neste contexto, o aluno estuda antes da aula e a aula se torna o lugar de aprendizagem activa, onde há perguntas, discussões e actividades práticas que são atribuídas notas pelo professor. Assim, o professor trabalha as dificuldades dos alunos, ao invés de apresentações do conteúdo da disciplina (Valente:2014, p.86).

De acordo com o Guia de Campo de Sala de Aula Invertida, existem 4 regras de ouro para o sucesso de sala de aulas invertida, nomeadamente:

1. As actividades em sala de aula envolvem uma **quantidade significativa de questionários, resolução de problemas e outras actividades de aprendizagem activa** obrigando os alunos a **recuperar, aplicar e/ou estender** o material aprendido fora da classe. Essas actividades devem usar explicitamente, mas não apenas repetir, o material no trabalho fora da classe.
2. Os alunos recebem **feedback em tempo real**¹⁰.
3. A conclusão do trabalho fora da classe e a participação nas actividades em classe valem uma **pequena, mas significativa quantidade** de notas dos alunos. Há expectativas claras de que os alunos **concluam o trabalho fora da classe e participem de reuniões presenciais**.
4. Os ambientes de aprendizagem em sala de aula são **altamente estruturados** e bem planeados.

Na sala de aula invertida, o processo de ensino e aprendizagem é individualizado e o estudante pode controlar o ritmo, o tempo e o espaço, seja assistindo a palestras em vídeo, ouvindo *podcasts*, lendo *e-books* ou colaborando com seus pares em fórum *on-line* (Machado, Lupepso e Jungbluth: 2010, p.15).

O professor passa a exercer a função de selecionar os conteúdos a partir do plano temático e da dosificação, criar estratégias (trabalhos em grupo, individuais, exercícios, etc.) e auxiliar os estudantes na resolução dos exercícios. Assim, o professor passa a ser um mediador de aula e não o protagonista.

De acordo com García-Peñalvo e Corell o modelo de sala de aula invertida tem interessantes vantagens:

¹⁰ O feedback ocorre imediatamente após a realização das actividades presenciais.

- Implica metodologias ativas.
- Procura uma aprendizagem mais significativa.
- Baseia-se na aproximação de aprender fazendo (aprendizagem baseada em problemas/proyectos/desafios).
- Está completamente ligado a uma avaliação contínua.
- Potencia a criatividade e a inovação docente do docente.
- Proporciona igualdade de oportunidades a todos os estudantes (2020, 3p.92)¹¹.

Apesar de ter vantagens, a sala de aula invertida também conta com fraquezas tais como:

- Maior esforço do docente (online, presencial, preparar materiais audiovisuais), pode ser necessário mais professores.
- Relutância dos professores em criar material audiovisual.
- O estudante deve estar consciente do significado deste modelo: mais focado em sua aprendizagem ativa ou para tirar proveito de uma classe presencial se deve ter feito o trabalho *on-line*.
- Todas as Disciplinas de um mesmo semestre, realizando esta metodologia diariamente, produziram um colapso nos estudantes e sua capacidade de estudar a priori os conteúdos.
- Há muitos professores que consideram que a aprendizagem inversa consiste simplesmente em proporcionar materiais para os alunos e negligenciar o que diz respeito às aulas onde vai ser discutido sobre o que se aprende, ou as dúvidas se dissipam.
- Havendo muita literatura e experiências em aprendizagem inversa, tem sido realizado quase sempre em ambientes presenciais.
- A qualidade do material audiovisual depende fortemente do equipamento tecnológico.
- A dependência crescente do equipamento pessoal (GARCÍA-PEÑALVO e CORELL:2020, pp. 92 e 93).

Além destas fraquezas, García-Peñalvo e Corell elenca como desvantagens do modelo rotativo híbrido:

- Adapta-se a modelos de classe passivos.
- Limita a capacidade dos professores em sala de aula (uso de quadros-negros, movimentos, etc.).
- É um modelo assimétrico em termos do que os assistentes presenciais recebem, percebem e interagem e os que acompanham online, ou seja, diferenças entre os alunos.

¹¹ Na língua original o texto diz: "En general el modelo de clase invertida tiene interesantes ventajas: - Implica metodologías activas. - busca un aprendizaje más significativo. - Se basa en la aproximación de aprender haciendo (aprendizaje basado en problemas/proyectos/retos). - Está completamente ligado a una evaluación continua. - Potencia la creatividad y la innovación docente del profesorado. - ofrece una igualdad de oportunidades a todo el estudiantado".

- A capacidade de atenção e monitoramento não é comparável entre a modalidade presencial e online.
- Se a aula é mera palestra do professor, por que assistir às aulas e nem sempre acompanhá-la online? se a aula for gravada, existe o risco de esse modelo levar a um formato online assíncrono.
- A qualidade da gravação é comprometida pelas condições de luz, áudio (risco principal), geometria da sala de aula, qualidade do equipamento, etc.
- Se você depende do equipamento da sala de aula, os técnicos da sala são obrigados a mantê-lo operacional e segurado contra roubo e possui pessoal que pode solucionar os problemas do uso diário.
- Observações do corpo docente a serem registradas. Se o professor cancela sua imagem, os alunos que acompanham a aula online, eles vão perder, pelo menos, a linguagem não verbal que o professor usa nas aulas, novamente, a assimetria é afetada.
- Além do professor se opor a ser gravado, há quem pense que a interação na sala de aula é um encontro humano entre o professor e os alunos, cuja privacidade deve ser protegida.
- A privacidade dos alunos deve ser mantida dependendo da disposição das câmeras.
- Possível efeito de funil no campus virtual nas horas de início das aulas (mais patente quantos mais professores adotam essa modalidade concomitantemente em uma universidade). não há nenhuma conversa aqui de a capacidade de resposta e o desempenho dos sistemas de videoconferência, que são independentes de campi virtuais, mas sim que a gestão do acesso às salas virtuais seja feita a partir do campus virtual e um colapso do sistema ocorre devido a um grande número de alunos convocados em determinados momentos muito específico.
- Necessidade de proteger o acesso à sessão virtual para evitar a interferência de pessoas erro, eles estão errados na sessão ou pessoas que deliberadamente querem prejudicar o desenvolvimento de a sessão.
- Lacunas de acesso e competição (2020, p. 91).

iv) Rotação individual – modelo considerado disruptivo, em que cada estudante possui um cronograma individual, personalizado, preparado pelo docente ou disponibilizado por um *software* que mapeia as necessidades do estudante (plataforma adaptativa) (Machado, Lupeps e Jungbluth: 2010, p.16). E cada estudante vai frequentar as estações de acordo com seu plano de estudos¹².

¹² O objectivo deste modelo é considerar cada estudante como um ser individual que possui seu tempo, ritmo e necessidades diferentes.

b) Modelo Flex

Machado, Lupepso e Jungbluth (2010, p.17) afirmam que neste modelo o ensino *on-line* é o norteador. Os estudantes aprendem em uma escola física por meio de um cronograma individualizado, que organiza as actividades que serão estudadas *on-line*.

Os estudantes são mediados pelo professor, presencialmente, podendo ou não intervir de acordo com a necessidade.

c) Modelo "À La Carte"

Neste modelo os estudantes podem fazer um curso ou disciplina *on-line* na sala física ou fora dela (Machado, Lupepso e Jungbluth:2010, p.18).

Também conhecido por abordagem auto-combinada, envolvem entregar uma parte da carga horária de um aluno para que seja principalmente *on-line*. Esses cursos complementam as disciplinas leccionadas na sala de aula por meio de seminários presenciais, palestras e laboratórios. O conteúdo mesclado pode ser disponibilizado em uma variedade de locais na escola ou fora da escola, permitindo a escolha do aluno em relação a tempo e lugar (Eastmain:2015, p. 26).

d) Modelo Virtual Enriquecido

Neste modelo os estudantes têm aulas presenciais obrigatórias com professores da disciplina e têm horários livres distantes do professor presencial monitorados *on-line*. Geralmente não se tem aulas presenciais todos os dias.

Ora, depois de vermos as modalidades do ensino híbrido, agora vejamos os papéis dos seus intervenientes: o professor e o estudante.

2.3 O papel do professor no ensino híbrido

No sistema de ensino híbrido o docente passa a desempenhar as seguintes tarefas:

a) Em vez de ser detentor, ele passa a ser mediador do saber – pois, com o uso da tecnologia, o ensino se torna uma troca constante de conhecimento onde o docente fica como um guia que leva o aluno a entender a realidade e a adquirir os conhecimentos científicos que lhe interessa, fazendo com que o ensino se torne centrado no estudante (Neto:2017, p.66).

b) Desenhador de roteiros pessoais ou grupais de aprendizagem – um verdadeiro *coach*, que orienta o aprendiz, uma pessoa que ajuda os estudantes a elaborarem seus projectos de aprendizagem (Moran:2017).

c) Tutor – capaz de problematizar, ampliar significados e de ajudar na construção de sínteses (Moran:2017, p. 26).

d) Supervisor de actividades decorrentes na sala de aula virtual com recurso às novas tecnologias de comunicação (Neto:2017, p.68). Procura conectar os estudantes aos seus pares e ao mundo, manter a informação fluindo entre todos os envolvidos e incitando-os buscar conhecimento.

Na qualidade de tutor, o professor deve materializar as seguintes atribuições:

- a) Acompanhar as actividades discentes conforme o cronograma do curso;
- b) Manter regularidade de acesso ao Ambiente Virtual de Avaliação (AVA) e dar retorno às solicitações do estudante;
- c) Estabelecer contacto permanente com os estudantes e mediar as actividades discentes;
- d) Avaliar os estudantes;
- e) Participar das actividades de capacitação e actualização promovidas pela instituição de ensino que gere o sistema.

Em síntese, o professor tem o papel de incentivar, mediar e problematizar o processo de ensino e aprendizagem, unindo o melhor do presencial e da educação a distância (Machado, Lupepso e Jungbluth:2010, p.9).

2.4 O papel do estudante no ensino híbrido

Em resumo, no sistema de ensino híbrido o estudante torna-se o produtor do conhecimento, ou seja, o estudante é colocado no centro do processo, sendo protagonista da sua aprendizagem (Neto:2017, p.67; Machado, Lupepso e Jungbluth:2010, p.9).

2.5 Processo de elaboração do plano de ensino híbrido

De acordo com Machado, Lupepso e Jungbluth (2010), os procedimentos didáticos indicam as grandes linhas de acção utilizadas pelo docente em suas aulas para o desenvolvimento dos conteúdos curriculares e alcance dos objectivos pretendidos. Contudo, os mesmos autores demonstram que qualquer procedimento didático ligado a ensino híbrido deve tomar em conta os seguintes itens:

a) Sistema de comunicação – explicar melhor quais os meios a ser usados para se comunicar com os estudantes. Podem ser eles, por exemplo, as redes sociais, o email, WhatsApp, teleferne, web conferência, Skype, etc.

b) Modelo de tutoria a distância e presencial – deve estar clara actividade do tutor tanto nas aulas presenciais como nas *on-line*. Deve-se indicar os professores que

poderão servir como tutores e como exercerão esta função. Melhor é quando os tutores forem formados ou capacitados.

c) **Material didático específico** – definir o tipo de materiais a ser utilizados para o ensino e o modo da sua utilização conforme as especificidades de cada disciplina.

d) **Infraestrutura de suporte tecnológico, científico e instrumental à disciplina** – deve haver laboratório de informática e internet para os estudantes que eventualmente não tenham outra forma de acesso.

e) **Previsão de período de ambientação dos recursos tecnológicos a serem utilizados pelos estudantes** – contemplar um período para a ambientação desses estudantes no início da disciplina.

f) **Identificação do controle de frequência das actividades** – pode-se recorrer a lista de chamada para as aulas presenciais e a postagem das actividades computadas para a frequência de aulas *on-line*.

g) **Avaliação** – definir formas de avaliação e previsão de avaliações presenciais. Deve incluir os instrumentos de avaliação, critérios de avaliação e a cotação (peso) de cada actividade proposta e a média mínima para aprovação.

3. O ENSINO HÍBRIDO NA FADIR

3.1 O modelo de ensino online implementado na FADIR em 2020

A pandemia de Covid-19 que assola o mundo inteiro e em Moçambique, desde Março de 2020, impôs a todos novas formas de proceder. A nível do ensino superior obrigou as instituições de Ensino a adoptar novas medidas de gestão do processo de ensino e aprendizagem, migrando, assim, do sistema de ensino presencial para o sistema *on-line*. Trata-se de uma realidade apenas vivida no primeiro semestre de 2020 visto que no segundo foram autorizadas as aulas presenciais.

Encontrando-se imerso nesta situação pandémica e para a gestão do processo de ensino, a Faculdade de Direito (FADIR) teve que recorrer a várias ferramentas nomeadamente: a) o Correio electrónico (email), b) WhatsApp, c) a plataforma digital Moodle e d) o Google Meet.

a) O **Email** foi usado para a disponibilização de material didático aos estudantes e entrega de trabalhos autónomos e exercícios aos docentes. Também serviu para a divulgação das informações e orientações da Direção e da Reitoria aos estudantes e docentes.

b) O **WhatsApp** permitiu a Faculdade a estabelecer momentos de interação entre os intervenientes do processo educativo, servindo como fórum de apresentação de dúvidas, debates e esclarecimento de dificuldades que os estudantes tinham quanto ao uso de outros meios. Toda a gestão do processo de elaboração de trabalhos autónomos foi feita usando esta ferramenta.

c) A plataforma digital **Moodle** foi uma inovação introduzida nos cursos de licenciatura a partir do dia 20 de Abril de 2020. O objectivo da introdução deste mecanismo era para permitir o melhor controlo da actividade docente e da participação dos estudantes no processo lectivo. Também com a plataforma almejavase que se pudesse disponibilizar, aos estudantes, materiais de caracter institucional protegidos pelo dever de sigilo ou prudência institucional.

A plataforma Moodle também foi usada para a disponibilização das aulas em forma de vídeo produzidas ao nível da Faculdade com a colaboração dos docentes e dos técnicos de informática.

d) O **Google Meet** facilitou a interação entre os docentes e os estudantes via videoconferências. As aulas eram transmitidas, segundo um horário estabelecido e reajustado, por via deste meio e os outros meios passaram a desempenhar a função de consolidação da matéria transmitida.

As avaliações foram resumidas em dois trabalhos académicos elaborados em casa e submetidos aos docentes por via email ou Moodle, e um exame feito também em casa, submetido aos docentes via email obedecendo um horário muito apertado que variava entre três (3) a sete (7) horas.

Como se pode depreender desta realidade, em 2020 não foi possível pensar um modelo de ensino híbrido conforme ditam as regras internacionais sobre o assunto. Assim, como era de esperar, o processo enfrentou os seguintes desafios:

- Fraca aderência dos estudantes e docentes aos novos métodos de ensino e aprendizagem.
- Desconhecimento inicial sobre o uso da plataforma Moodle e falta de uma formação profunda.
- Indisponibilidade de meios para ter acesso a plataformas online, por parte dos estudantes.
- Não existência de uma biblioteca virtual.
- Dificuldades de encontrar meios eficazes que possam substituir as avaliações escritas presenciais (testes e exames).

- Reclamação dos estudantes em continuarem o pagamento de propinas na íntegra.

Isso tudo porque não houve tempo suficiente para fazer estudos científicos sobre o ensino a distância e nem híbrido, daí que esta realidade deu seus resultados conforme o estado de emergência decretado pelas Autoridades governamentais devido a COVID-19 assim como foi detalhado anteriormente.

3.2 A percepção dos docentes e estudantes sobre o processo de ensino na época de estado de emergência em 2020

Para apurar o sentimento dos estudantes e dos docentes quanto ao modelo de aulas on-line introduzido na FADIR de forma abrupta, devido a pandemia de COVID-19, aplicou-se dois inquéritos *on-line*, sendo um para os estudantes, com recurso a [Google Formulários](#) e outro, para docentes, via [EasyTestMaker](#).

Em 2020 a FADIR contou com 595 estudantes a frequentar os cursos de licenciatura em Direito, Administração Pública e Tecnologia de Informação. Destes, 568 chegaram até ao fim do ano lectivo e dos quais 53 serviram de amostra e responderam ao inquérito, correspondendo, assim, a 90% do nível de confiança com uma margem de erro de 10,8.

Em termos de número de docentes, em 2020 a FADIR contou com 46 docentes, sendo 19 a tempo inteiro e 27 a tempo parcial. Destes 29 docentes serviram de amostra para o estudo representando um nível de confiança de 95% com uma margem de erro de 9,9.

A seguir vai a síntese das questões colocadas tanto aos estudantes como aos docentes e os respectivos resultados.

a) Grau de satisfação pelas decisões e medidas tomadas pela direcção ao introduzir as aulas *on-line* em 2020.

Relativamente a esta questão apurou-se que 62,3% de estudantes inquiridos ficaram satisfeitos pelas medidas; 13,2% muito satisfeitos e 7,5% totalmente satisfeitos. Este nível de satisfação também se verificou nos docentes que, da amostra, 66% mostraram-se satisfeitos, 17% muito satisfeitos e 14% totalmente satisfeitos.

Porém, 17% dos estudantes e 3% dos docentes mostraram-se não satisfeitos pelas medidas tomadas, introduzindo o ensino *on-line* para contornar os efeitos da COVID-19 e garantir o direito à educação superior.

b) Meios usados para a divulgação das decisões e medidas tomadas.

Do inquérito feito foi possível apurar que 84,9% de estudantes inquiridos reconheceram que foi usado WhatsApp como meio de disseminação das novas metodologias; 71,7% indicaram o email; 34% afirmaram que se usou a vitrine; 24,5% - televisão; 15,1% - rádio; 9,4% - jornais e 5,7% - facebook.

Questionados os docentes se os referidos meios de divulgação foram apropriados, 72% disseram que as mesmas foram apropriadas para o momento, 14% disseram que foram muito apropriadas e 7% totalmente apropriadas. Mas 7% dos docentes inquiridos responderam que os meios não foram apropriados. Assim eles escolheram WhatsApp – 97%, email – 93%, vitrine – 28%, televisão – 10% e por último a rádio com 3%, como os meios mais usados para divulgação das decisões e medidas tomadas atinentes às aulas on-line.

Pode-se ver que a sequência dos meios mais usados para este propósito é a mesma tanto para os estudantes como para os docentes, ficando o WhatsApp em primeiro lugar, e-mail em segundo, vitrine em terceiro, televisão em quarto e a rádio em quinto lugar.

c) Desempenho dos estudantes e dos docentes na implementação das medidas tomadas.

Ponderando a situação e o momento difíceis para o ensino e aprendizagem devido a pandemia, dos docentes inquiridos, 48% manifestaram satisfação com o desempenho dos estudantes na implementação das aulas on-line, 10% muito satisfeitos, 2% totalmente satisfeitos. Porém, um número considerável, correspondente a 34% mostraram-se não satisfeitos.

A mesma questão aos estudantes para apurar o desempenho dos docentes, 11,3% ficaram muito satisfeitos com a actuação dos docentes; 5,7% - totalmente satisfeitos e 60,4% satisfeitos. Contudo, 22,6% dos estudantes mostraram-se não satisfeitos.

Uma vez que todos os interlocutores do processo foram apanhados de surpresa pela pandemia, justifica-se a existência de descontentamento de alguns pela fraca participação de outros no processo. Mas os índices das respostas positivas são encorajadores.

d) A pertinência das medidas tomadas e dos instrumentos usados para as aulas on-line.

Os docentes consideraram as medidas tomadas e os instrumentos usados para as aulas on-line pertinentes, visto que 17% dos inquiridos afirmaram serem medidas totalmente pertinentes, 28% muito pertinentes e 55% pertinentes. Daí que 62% dos

docentes ficaram satisfeitos com a eficácia das medidas, 21% ficou muito satisfeito e 17% totalmente satisfeitos.

Além disso, os estudantes reconheceram que os instrumentos mais usados foram a plataforma Moodle com 81,1%, Google Meet com 69,8%, WhatsApp com 56,6%, email com 54,7% e 0% para Microsoft Teams, plataforma usada a nível de mestrados e doutoramento para aulas em videoconferência.

e) Qualidade das aulas *on-line* na perspectiva dos estudantes.

A qualidade das aulas *on-line* não mereceu consensos entre os estudantes. As próprias percentagens mostram isso, uma vez que 39,6% disseram que as aulas *on-line* foram boas, e apenas 7,5% de estudantes inquiridos acharam-as como excelentes. Em contrapartida, 24,5% dos estudantes afirmaram que as aulas *on-line* foram más e 28,3% disseram que foram péssimas.

f) Qualidade de modelo de avaliação *on-line* adoptado.

Esta questão apenas foi respondida pelos estudantes e 54,7% acharam o processo como normal e 30,2% como excelente. No entanto, 5,7% acharam um modelo mau e 9,5% como péssimo.

Trata-se de um modelo de avaliação improvisado e sem merecer uma profunda análise antes da sua implementação, daí que os estudantes o achem como modelo com algumas deficiências.

g) Grau do cumprimento das expectativas dos estudantes e docentes

Relativamente às expectativas esperadas pelos estudantes pela introdução das *aulas on-line*, 67,9% confirmou que teve as suas expectativas cumpridas contra 32,1% cujas expectativas não foram cumpridas.

Já, por parte dos docentes, cerca de 72% viram suas expectativas cumpridas em 2020, 24% com expectativas não cumpridas e 2% dos inquiridos ficaram indiferentes.

h) Aspectos negativos apresentados pelo modelo de aulas *on-line* implementado e os comentários adicionais dos estudantes e docentes.

Solicitados para indicar os aspectos negativos nas acções de divulgação das decisões e medidas tomadas na época de estado de emergência, constatou-se:

- A fraca participação dos estudantes na execução das medidas tomadas.
- A fraca participação dos docentes na execução das medidas.
- O fraco grau de cumprimento e ofícios com conteúdos não perceptíveis.

164 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

- O período de divulgação era inadequado.
- O local e meio de divulgação eram inadequados e que houve falta de organização na disseminação das decisões.

Além destes aspectos negativos os docentes solicitaram melhorias em seguintes aspectos:

- A inacessibilidade da internet por causa de falta de *megabytes* e de rede fraca.
- Fraco poder de controlo da participação dos estudantes no processo.
- Modelo de avaliação ineficaz.
- Houve conteúdos incompatíveis ao modelo de ensino *on-line*, como é o caso da contabilidade e outras áreas práticas.
- Mostrou-se falta de humanismo e democracia nalgumas decisões tomadas pela direcção, dando exemplo do processo de aquisição de *laptops* para os docentes a tempo inteiro.
- Atraso na disponibilização de horários e cargas horárias aos docentes.
- Dificuldade, por parte dos estudantes, de entender 100% dos conteúdos transmitidos via *on-line*.
- Falta de inclusão de todos os tipos de ensino (clássico e *on-line*, incluindo as redes sociais e as plataformas digitais).
- Falta de instrumentos e meios de trabalho, tanto para os docentes como para os estudantes.
- A ordem de divulgação das informações deveria ser invertida. Primeiro aos docentes e depois aos estudantes.
- Falta de prazos estabelecidos para atender as reclamações dos estudantes que tinham a ver com as avaliações.

Fora dos aspectos acrescidos pelos docentes, os estudantes apontaram as seguintes fraquezas do ensino *on-line* implementado:

- Falta de monitoria da actividade docente. Alguns não se preparam bem para as aulas.
- Atraso na satisfação dos pedidos dos estudantes. A direcção leva longo tempo para dar resposta a um simples pedido de realização de exame externo, por exemplo.
- A plataforma *Moodle* mostra-se de difícil acesso aos estudantes.

- Falta da aposta na qualidade do ensino. A maior preocupação foi a de terminar o ano lectivo.
- Melhorar as condições de climatização das salas de aulas.

Em jeito de síntese das percepções tanto dos estudantes como dos docentes, diríamos que os inquéritos feitos mostram que o modelo de ensino *on-line* implementado na época de estado de emergência, apesar de não ter bases científicas e uma estrutura recomendada, satisfaz as expectativas da maior parte de estudantes e docentes. Esta satisfação pode ser justificada pela maneira e pelas motivações da introdução brusca do sistema como resposta à suspensão das aulas presenciais.

Acreditamos que se o mesmo fosse implementado enquanto fossem possíveis as aulas presenciais, a apreciação tanto dos estudantes como dos docentes seria diferente. Aliás, essa tendência pode ser aferida pelo facto de menos que a metade dos estudantes inquiridos é que reconheceu as *aulas on-line* como boas.

O uso do WhatsApp como meio de comunicação mostrou-se como necessário e apropriado na época de ensino *on-line*, e o mesmo se pode dizer quanto ao recurso da plataforma Moodle para as aulas *on-line*.

Os docentes fizeram um esforço muito grande e reconhecido pelos estudantes, apesar de não se beneficiar de nenhuma formação e/ou capacitação sobre as aulas *on-line*.

Reconhece-se que era necessário investir mais no modelo de exames *on-line*, visto que apenas um pouco mais da metade achou o modelo como normal.

3.3 Proposta de modelo de ensino híbrido a ser seguido pela FADIR

Na teorização do assunto feita acima, pudemos ver que todos os autores aderem a classificação de ensino híbrido feita por Staker e Horn em quatro modelos, nomeadamente, modelo de rotação; modelo flex; modelo *à la carte* e modelo virtual enriquecido.

Verificando-se o modo como cada um destes modelos funciona e o modelo de aulas *on-line* aplicado na FADIR em 2020 e suas dificuldades, propõe-se que se siga o modelo de rotação, uma vez que permite manter o ensino presencial, mas mesclado com o ensino *on-line*. Aliás, sobre isso, vimos que o modelo de rotação permite alternância de locais e actividades de aprendizagem entre o ensino presencial e *on-line*.

Porém, o modelo de rotação se subdivide em quatro outros modelos, a saber, rotação por estações, laboratório rotacional, sala de aula invertida e rotação individual.

166

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

Do mesmo modo como fizemos com as modalidades de ensino híbrido acima, há que escolher o modelo de rotação que pode ser aplicável para a FADIR. Neste caso, cabe-nos propor o modelo de sala de aula invertida, sob modelo que permite a Faculdade se preparar a realidade de, por quaisquer circunstâncias adversas a vontade institucional, como é o caso da pandemia da COVID-19, optar unicamente por um ensino a distância *on-line*.

Como afirmam Silva, Cerutti e Lubachewski (2018), a sala de aula invertida está surgindo como uma nova forma didática, sendo adotada de forma crescente em muitos países, tornando-se então uma grande tendência para a educação. Desta forma, torna-se segura a sua adoção na FADIR.

Relativamente à sala de aula invertida vimos que se trata de um modelo que permite a inversão das actividades. O aluno estuda antes da aula presencial e esta se torna o lugar de aprendizagem activa, onde há perguntas, discussões e actividades práticas que são atribuídas notas pelo professor, inversamente do que acontece no modelo clássico, onde o professor transmite os conhecimentos na sala de aulas e deixa exercícios para que sejam resolvidos em casa.

Abraçando a este modelo, fica mais fácil transmitir os procedimentos do ensino *on-line* tanto aos estudantes como aos docentes. Os estudantes passam efectivamente a ser protagonistas na busca do conhecimento e o docente facilita o processo. Isso poderá permitir que, em caso de impossibilidade de ter aulas presenciais, os docentes possam criar processos de aprendizagem dinâmicas facilitado que o estudante, em casa, ou fora da sala, possa prosseguir com a busca do conhecimento estruturado e de qualidade, garantido, assim, o seu direito à educação superior.

3.4 Processo de elaboração do plano de ensino híbrido na FADIR

Os itens apontados por Machado, Lupepso e Jungbluth¹³, poderão ser implementados da seguinte maneira na FADIR:

a) Sistema de comunicação – a FADIR já conta com contratos firmados com os fornecedores dos seguintes programas: *Microsoft Teams, Moodle, Zoom, eSura e Primavera*. Neste contexto a comunicação poderá ser feita por qualquer destes meios. Mas isso não retira a possibilidade do uso do WhatsApp, meio considerado, pelos docentes e estudantes, como o mais usado em 2020.

b) Modelo de tutoria a distância e presencial – neste aspecto a FADIR poderá optar por um docente para cada turma para servir de pioneiro na primeira fase de

¹³ Vide o ponto 2.6 deste trabalho.

lançamento do ensino híbrido. Os docentes cujas disciplinas sejam escolhidas poderão servir como tutores e participarão nas capacitações em matéria de ensino à distância (EaD). Além disso, haverá a necessidade de fazer nova divisão da carga horária docente.

c) Material didático específico – nas disciplinas pioneiras, os tutores deverão desenvolver um acervo bibliográfico digital para disponibilizar na plataforma *Moodle*. Além disso, terão que despender algumas horas semanais a dar aulas *on-line* usando a plataforma *Zoom*. Essas aulas substituirão vídeo aulas recomendadas para o modelo de sala de aula invertida. Os tutores deverão preparar, com antecedência, exercícios e/ou jogos sobre as matérias transmitidas via videoconferência e avaliá-los com base em Google Formulas, EasyTestMaker, ou qualquer outro método de avaliação rápida.

d) Infraestrutura de suporte tecnológico, científico e instrumental à disciplina – haverá a necessidade de uso racional das salas de informática e a infraestrutura disponíveis na FADIR.

De acordo com o Relatório de infraestruturas tecnológica da FADIR (2020), até ao início de 2021 a FADIR conta com 114 computadores, sendo 109 Desktop's e 5 Laptop's. Destes 62 estão disponíveis para ser usados pelos estudantes, dois (2) estão com docentes e cinco (5) laptop's estão com Corpo Técnico Administrativo (CTA).

No entanto, a FADIR não dispõe de recursos próprios de Internet, pois depende de uma linha de Fibra Óptica que provém da Faculdade de Educação e Comunicação (FEC), compartilhando, assim, os serviços de Internet de duas Provedoras, nomeadamente, a Movitel-Dedicada, com uma taxa de transferência e de envio de 9 Megabytes e a TV CABO-Compartilhada, com uma taxa de transferência de 15 Megabytes e taxa de envio de 2 Megabytes.

A FADIR já teve a experiência de usar os serviços de internet da MORENET, com Largura de Banda dedicada de 5 Megabytes de taxa de transferência e envio, alocado exclusivamente para os estudantes. Mas infelizmente o mesmo não se encontra em funcionamento.

Também a FADIR dispõe de 4 Pontos de Acesso, sendo três alocados no pátio com uma cobertura de aproximadamente 100 metros cada e outra na biblioteca com uma cobertura de até 122 metros.

Contudo, estes dados preliminares demonstram que a infraestrutura de suporte tecnológico da FADIR constitui um desafio e é incapaz de responder cabalmente a demanda de internet solicitada pelas aulas *on-line*. Porém, para a primeira fase de implementação do ensino híbrido pode suportar.

e) Previsão de período de ambientação dos recursos tecnológicos a serem utilizados pelos estudantes – o ensino híbrido na FADIR deve ser antecedido por um período experimental de dois meses e meio, ou seja, da segunda quinzena do mês de Abril até Junho.

Nesta fase cada turma de licenciatura terá uma disciplina pioneira que seguirá um horário específico contemplando o modelo de sala de aulas invertida.

Os docentes pioneiros serão submetidos a uma capacitação em matérias de EaD durante a fase experimental. Nesta fase o trabalho da Direcção Pedagógica e dos Coordenadores no processo vai ser crucial.

f) Identificação do controle de frequência das actividades – pode-se recorrer a lista de chamada para as aulas presenciais e a postagem das actividades computadas para a frequência de aulas *on-line*. Na verdade, as listas presenciais serão emitidas pelo Registo Académico para cada uma das disciplinas envolvidas.

No entanto, para as aulas *on-line*, os docentes irão exigir que os estudantes participem em exercícios diários com recurso a Google Formularios, EasyTestMaker ou enviados na plataforma Moodle.

Quanto as aulas via videoconferência, cada docente deverá gravar e extrair a lista de presenças na gravação.

g) Avaliação – o segundo teste das disciplinas abrangidas pelo ensino híbrido poderá ser realizado na plataforma *Moodle*. Porém, os exames poderão continuar a ser feitos presencialmente.

Independentemente de os trabalhos académicos (trabalho individual ou em grupo) serem entregues ou não aos respectivos docentes, até a data de implementação do ensino híbrido, nas disciplinas abrangidas, os estudantes deverão enviá-los via Moodle. Caso contrário, a sua nota não será lançada no sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conjugação entre o ensino híbrido e o estado de emergência, em Moçambique, trata-se de uma novidade dos últimos dois anos devido a pandemia de COVID-19, daí os estudos feitos precisarem de, sempre, ser aprimorados.

Desta feita, e em jeito de conclusão, lembremo-nos que vimos neste trabalho que em Moçambique o estado de emergência foi declarado desde Março de 2020 e progrediu até a Situação de Calamidade Pública com o alerta vermelho activo em vigor no momento da elaboração deste artigo. Foram várias normas criadas pelas

autoridades governamentais e legislativas, desde o PRM, a Assembleia da República, o Conselho de Ministros e os ministérios específicos, com vista a conter a propagação da pandemia.

Um dos direitos humanos directamente afectado foi o direito à educação “superior”, destacado neste estudo por ser o seu objecto de estudo.

Para minimizar a situação a UCM, e em particular a FADIR optou-se por substituir aulas presenciais com as aulas *on-line*, que depois de serem avaliadas pelos docentes e estudantes, achou-se que satisfizeram parte das expectativas deles. Porém, houve também aspectos negativos que deveriam ser tomados em conta, como é o caso, da fraca aderência dos estudantes e docentes aos novos métodos de ensino e aprendizagem; desconhecimento inicial sobre o uso da plataforma Moodle e falta de capacitação dos docentes sobre a matéria; indisponibilidade de meios para ter acesso a plataformas online, por parte dos estudantes; falta de biblioteca virtual; o modelo de avaliação não adequado; dentre outros aspectos.

Com essa experiência, e Moçambique mantendo-se em Situação de Calamidade Pública, o estudo mostrou que existem alternativas ao ensino presencial, como é o caso do ensino híbrido.

O estudo reconhece a existência de várias modalidades de ensino híbrido, mas propõe para que a FADIR siga o modelo de rotação, especificamente, a sala de aulas invertida.

Isso, é possível ser implementado de forma faseada, a partir da segunda quinzena do mês de Abril até Junho, como uma fase experimental. Apenas uma disciplina por cada turma e os docentes das referidas disciplinas podem servir como tutores do sistema.

Assim, o estudo reconhece que o ensino híbrido é uma medida positiva para a garantia do exercício do direito à educação superior na época de estado de emergência ou situação de calamidade pública.

REFERÊNCIAS

Obras literárias

BRANSFORD, John D.; BROWN, Ann L.; COCKING, Rodney R. **How people learn: brain, mind, experience and school**. Washington D.C: National Academy Press, 2000.

BRITO, Manuel Nogueira de. “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”. In: **Revista Electrónica de Direito Público**, e-Pública, Vol. 7, No. 1, Abril 2020 (006-026).

170 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

COMISSÃO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, **70 anos Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.cndh.org.mz/images/social/Declarao_Universal_dos_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 09 de abril de 2021.

DIRECÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UCM. **Relatório de Infraestrutura Tecnológica da Faculdade de Direito**, Nampula, de 24 de Julho de 2020, não publicado.

EASTMAN, Perkins. **Blended Learning, design guidelines**. Washington D.C., 2015, p. 26. Disponível em: <https://www.lisc.org/media/filer_public/99/02/990296e9-9471-45f8-ac5b-5a92babe501a/schoolbuild_additional_resources_blended_learning_design_guidelines.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2021.

GARCÍA-PENALVO, Francisco J., CORELL, Alfredo. **La COVID-19: ¿enzima de la transformación digital de la docência o reflejo de una crisis metodológica y competencial en la educación superior?**, Campus Virtuales, 9(2), 2020, pp. 83-98.

Guia de Campo de Sala de Aula Invertida. Disponível em: <<https://docs.google.com/document/d/1arP1QAKsyVcxKYXgTJWCrf02NdephTVGQltsw-S1fQ/pub#id.suagqb7wve21>>. Acesso em: 30 de Março de 2021.

MACHADO, Nathália Savione, LUPEPSO, Marina e JUNGBLUTH, Anna. **Educação híbrida**. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://cipead.ufpr.br/portal1/materiais/ufpr_hibrida/livro_educacao_hibrida.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2021.

MORAN, José, (Metodologias ativas e modelos híbridos na educação), in YAEGASHI, Solange at. Al, (Orgs.). **Novas Tecnologias Digitais: Reflexões sobre mediação, aprendizagem e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2017, pp. 23-35.

NETO, Emílio Bertholdo. **O Ensino Híbrido: processo de ensino mediado por ferramentas tecnológicas**. São Paulo: Ponto e Vírgula, PUC SP, n. 22, segundo semestre de 2017, pp. 59-72, 2017.

PLEBANI, Solange; DOMINGUES, Maria José Carvalho de Souza. A utilização dos métodos de ensino: uma análise em um curso de Administração. Universidade Regional de Blumenau/FURB, **Revista ANGRAD**, v. 10, n.2, Abril/Maio/Junho 2009, 2009.

SILVA, Alexandre da; CERUTTI, Elisabete e LUBACHEWSKI, Gesseca Camara, **A importância da utilização do ensino híbrido no ensino superior**. disponível em <<https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/cidu/assets/edicoes/2018/arquivos/64.pdf>>. Acesso em: 31 de março de 2021.

STAKER, Heather; HORN, Michael B. **Classifying K-12 blended learning**. Innosight Institute, 2012, p. 3, Disponível em: <<https://www.christenseninstitute.org/wp-content/uploads/2013/04/Classifying-K-12-blended-learning.pdf>>. Acesso em: 27 de março de 2021.

TAPSCOTT, Don; WILLIAMS, Anthony D. **Innovating the 21st-Century University. It's Time!** Educause Review, January/February 17-29, 2010. Disponível em: <<https://er.educause.edu/-/media/files/article-downloads/erm1010.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2021.

UNESCO, **Declaração mundial sobre a educação superior no século XXI: visão e ação**. 1998.

VALENTE, José Armando. Blended learning e as mudanças no ensino superior: a proposta da sala de aula invertida. **Educar em Revista**. Curitiba, Brasil, Edição Especial n. 4/2014, pp. 79-97, Editora UFPR, 2014.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei n. 1/2018, de 12 de Junho. Lei da Revisão Pontual da **Constituição da República de Moçambique**, in BR, I Série, n. 115, 2 Suplemento, de 12 de Junho de 2018. Disponível em: <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/moz117331POR.pdf>>. Acesso em: 09 de Abril de 2021.

_____. **Lei n.1/2020, de 31 de Março**, que Ratifica a Declaração do Estado de Emergência, constante no Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março, in BR., I Série n. 62, de 31 de Março de 2020.

_____. **Lei n.4/2020, de 30 de Abril**, que ratifica a prorrogação da declaração do Estado de Emergência, constante do Decreto Presidencial n.º 12/2020, de 29 de Abril, in BR., I Série, n. 82, de 30 de Abril de 2020.

_____. **Lei n.6/2020, de 29 de Maio**, que ratifica a declaração que prorroga, pela segunda vez, o Estado de Emergência constante do Decreto Presidencial n.14/2020, de 28 de Maio, in BR., I Série, n. 102, de 29 de Maio.

_____. **Lei n.8/2020, de 29 de Junho**, que ratifica a Declaração que prorroga, pela terceira vez, o Estado de Emergência, constante do Decreto Presidencial n.21/2020, de 26 de Junho.

_____. **Decreto Presidencial n. 11/2020, de 30 de Março**, que Declara o Estado de Emergência, por razões de calamidade pública, em todo o território nacional in BR, I Série, n. 61 de 30 de Março.

_____. **Decreto Presidencial n. 12/2020, de 29 de Abril**, que Prorroga o Estado de Emergência, por razões de calamidade pública, por mais 30 dias. Ratificado pela Lei n.4/2020, de 30 de Abril

_____. **Decreto Presidencial n. 14/2020, de 28 de Maio**, que Prorroga o Estado de Emergência, por razões de calamidade pública, por mais 30 dias, in BR, I Série, n. 101 de 28 de Maio.

_____. **Decreto Presidencial n. 21/2020, de 26 de Junho**, que Prorroga o Estado de Emergência, por razões de calamidade pública, por mais 30 dias, in BR, I Série, n. 121 de 26 de Junho.

_____. **Decreto Presidencial n. 23/2020, de 5 de Agosto**, que Declara Novo Estado de Emergência, por razões de calamidade pública, por mais 30 dias, in BR, I Série, n. 149 de 5 de Agosto.

_____. **Decreto n. 12/2020, de 2 de Abril**, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, in BR, I Série, n. 64 de 2 de Abril

_____. **Decreto n. 14/2020, de 9 de Abril**, que altera os artigos 12, 13, 14, 17, 26,27 e 37 do Decreto n. 12/2020, de 2 de Abril, in BR, I Série, n. 68 de 9 de Abril.

_____. **Decreto n. 26/2020, de 8 de Maio**, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, e revoga os Decretos n.12/2020, de 2 de Abril e n.14/2020, de 9 de Abril, in BR., I Série n.87, de 8 de Maio

_____. **Decreto n.32/2020, de 20 de Maio**, que altera o artigo 15 do Decreto n.26/2020, de 20 de Maio.

_____. **Decreto n. 36/2020, de 2 de Junho**, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência e revoga o Decreto n.º 26/2020, de 8 de Maio, e o Decreto n.º 32/2020, de 20 de Maio, in BR, I Série, n. 104 de 2 de Junho.

_____. **Decreto n. 51/2020, de 1 de Julho**, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, e revoga o Decreto n. 36/2020, de 2 de Junho, in BR, I Série, n. 124 de 1 de Julho.

_____. **Decreto n.69/2020, de 11 de Agosto**, que Aprova as medidas de execução administrativas para a contenção da propagação da pandemia da COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, in BR., I Série, n. 153, de 11 de Agosto.

_____. **Decreto n. 79/2020, de 4 de Setembro**, que Declara a Situação de Calamidade Pública e Activa o Alerta Vermelho, in BR., I Série, n. 171, de 4 de Setembro.

_____. **Decreto n. 102/2020, de 23 de Novembro**, que Estabelece as medidas para contenção da pandemia da COVID-19, enquanto vigorar a Situação de Calamidade Pública, in BR., I Série, n. 224, de 23 de Novembro.

172

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

_____. **Decreto n. 110/2020, de 18 de Dezembro**, que Estabelece as medidas para contenção da pandemia da COVID-19, enquanto vigorar a Situação de Calamidade Pública e revoga o Decreto n. 102/2020, de 23 de Novembro, in BR., I Série, n. 243, de 18 de Dezembro.

_____. **Decreto n. 1/2021, de 13 de Janeiro**, que Revê as medidas para contenção da pandemia da COVID-19, enquanto durar a Situação de Calamidade Pública e revoga o Decreto n. 110/2020, de 18 de Dezembro, in BR., I Série, n. 8, de 13 de Janeiro.

_____. **Decreto n. 2/2021, de 4 de Fevereiro**, que Revê as medidas para contenção da pandemia da COVID-19, enquanto durar a Situação de Calamidade Pública e revoga o Decreto n. 1/2021, de 13 de Janeiro, in BR., I Série, n. 23, de 4 de Fevereiro.

_____. **Decreto n. 7/2021, de 5 de Março**, que Revê as medidas para contenção da pandemia da COVID-19, enquanto durar a Situação de Calamidade Pública e revoga o Decreto n. 2/2021, de 4 de Fevereiro, in BR., I Série, n. 44, de 5 de Março.

_____. **Decreto n. 17/2021, de 6 de Abril**, que Revê as medidas para contenção da pandemia da COVID-19, enquanto durar a Situação de Calamidade Pública, aprovadas pelo Decreto n. 2/2021, de 4 de Fevereiro, in BR., I Série, n. 65, de 6 de Abril.

_____. **Ofício n.70/MCTESTP/GM/380/2021**, sobre a Operacionalização do Decreto Presidencial sobre a retomada das aulas presenciais em face da pandemia do Coronavirus (COVID-19)

SUSPENSÃO E CESSAÇÃO DA RELAÇÃO LABORAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, FACE AO PRINCÍPIO DE SEGURANÇA NO TRABALHO

Clara José Macovela

SUSPENSÃO E CESSAÇÃO DA RELAÇÃO LABORAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, FACE AO PRINCÍPIO DE SEGURANÇA NO TRABALHO

Clara José Macovela¹

INTRODUÇÃO

O estudo versa sobre Suspensão e Cessação da relação laboral em tempos de Pandemia face ao princípio de segurança no trabalho. O Direito de Trabalho foi construído tendo como base nas relações desigualitárias entre a Entidade Empregadora e o Trabalhador, assumindo o trabalhador a condição de mais fraco nesta relação de trabalho (ABDUL & DUARTE, 2007). O Estado, numa primeira fase, assume o papel de regulador e, na segunda, de fiscalizador, relativamente ao cumprimento das normas impostas. Assim, a estabilidade do trabalhador no emprego constitui fundamento e limite de qualquer flexibilização do regime laboral. A estabilidade da relação laboral manifesta-se através de normas e princípios limitativos da actuação da entidade empregadora, bem como das garantias constitucionais materializadas nos diversos diplomas legislativos.

A elaboração da Lei de Trabalho nº 23/ 2007 de 1 de Agosto, teve como objectivo a protecção da dignidade e a estabilidade do trabalhador no seu posto de trabalho, através da inovação, quanto à transparência dos procedimentos no processo de Cessão do Contrato de Trabalho. A cessão pode ocorrer por motivos que têm a ver com a empresa e nesse caso é necessária uma clarificação dos motivos estruturais, quando a empresa prevê o despedimento de trabalhadores. Isso pode ser feito com recursos tecnológicos disponíveis e através de mecanismos de comunicação prévia aos órgãos de administração de trabalho e sindicais (ABDUL & DUARTE, 2007).

Têm-se constatado que os procedimentos para implementação das medidas colocam em causa a estabilidade do trabalhador no emprego, uma vez que as entidades empregadoras, no acto de cessação da relação laboral não observam as condições reais para o efeito.

¹ Licenciada em Direito e Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável. Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique

Tendo como base os pressupostos acima, o estudo tem como objectivo geral analisar o Processo de Suspensão e Cessação da relação laboral em tempos de Pandemia do Covid 19, em face ao princípio de Segurança no Trabalho e propor mecanismos que possam garantir maior estabilidade do trabalhador. Os objectivos específicos são: a) descrever o Processo de Cessação da relação de Trabalho por justa causa por parte da Entidade Empregadora à luz da Lei nº 23/2007, de 1 Agosto. Optou-se por uma abordagem eminentemente descritiva, assente na discussão das Leis e das Doutrina de interesse. A técnica usada para discussão e análise de dados foi a triangulação, partindo dos elementos empíricos provenientes das diversas fontes em alusão nesta abordagem e para trazer a sua correlação doutrinária e, por fim, as nossas ilações em relação ao fenómeno em análise.

1. ASPECTOS GERAIS DE DIREITO DE TRABALHO

1.1 O contrato de trabalho

A Relação Jurídica de Trabalho surge com base no Contrato de Trabalho ou na presunção da existência de um Contrato de Trabalho (Cfr. Art. 18º e 19º Lei de Trabalho nº 23/2007, de 1 de Agosto). O Contrato de Trabalho é o acordo pelo qual uma pessoa, o trabalhador, se obriga a prestar uma actividade à outra pessoa, o Empregador, sob a Autoridade e Direcção desta, mediante Remuneração, nos termos do Artigo 18º da Lei do Trabalho nº 23/2007, de 1 de Agosto.

Constituem partes do Contrato de Trabalho, o Empregador - Sujeito do Contrato de Trabalho, que é o Credor da Prestação do Trabalho. É quem dirige, orienta e é Devedor da Retribuição, cabendo-lhe uma acção dominante, e aquele que é Credor da Retribuição e Devedor da Prestação, que designamos por Trabalhador.

A relação entre estes dois Sujeitos é regulada pelo Direito de Trabalho, Direito Especial dos Trabalhadores subordinados, na medida em que dá resposta a particulares necessidades de Tutela das formas contratuais subordinadas de trabalho e da dependência delas emergentes dos aspectos técnicos, organizacional e, sobretudo, económico (XAVIER, 1992, p. 307).

1.2 Forma e Formalidades do contrato de Trabalho

A regra geral nos contratos é a liberdade de forma, pois "a validade da declaração negocial não depende de forma especial, salvo se a Lei exigir" (Cfr. Artigo 219º do Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966, que aprova o Código Civil moçambicano). No entanto, os Contratos de Trabalho estão sujeitos à forma Escrita,

devido à subversão do Princípio de Igualdade. A sujeição à forma Escrita serve para salvaguardar o Trabalhador, pois este encontra-se sujeito à Subordinação Jurídica.

A principal excepção à exigência de forma Escrita é a que resulta do estatuído no nº 3 do Artigo 38º da Lei do Trabalho nº 23/2007, de 1 de Agosto, que permite que os Contratos a Prazo Certo, cujo objecto assenta em tarefas de execução de duração igual ou inferior a noventa dias, em função do objecto, possam não estar reduzidos a escrito. Subsume-se, dessa forma, que o Legislador limitou a excepção ao Princípio de Forma Escrita, as tarefas de Curta Duração. Assim, ficaram de fora do âmbito da previsão legal as situações em que exista Sucessão ou Renovação de Contratos a Prazo com esta natureza.

O incumprimento do número 2 do Artigo 38º da Lei do Trabalho é um vício formal, não afectando os direitos adquiridos pelo trabalhador, em caso de se constatar a violação desta obrigatoriedade.

2. SUSPENSÃO E CESSAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

A relação de trabalho tem um carácter contínuo e duradouro, mas passível de interrupção e ou cessação por causas objectivas e subjectivas. A cessação e suspensão da relação laboral traz consequências para o trabalhador e para o empregador. Mas, pelo direccionamento do presente estudo, a nossa abordagem vai para os efeitos causados ao trabalhador, parte mais fraca desta relação jurídica, devido a desigualdade jurídica e material. No presente estudo, em particular, o motivo objectivo que ditou a suspensão da relação de trabalho é a Pandemia do Covid 19.

2.1. Suspensão do Contrato de Trabalho

A suspensão de um contrato de trabalho é um adormecimento do vínculo laboral, o qual entra em um Estado de Letargia durante algum tempo, para quando desaparecidas as respectivas causas determinantes, sempre temporárias, recuperar a sua pujança e continuar a produzir efeitos. A suspensão do contrato de trabalho pode derivar de motivos respeitantes ao trabalhador assim como ao empregador. A suspensão, tanto pode decorrer por acordo entre as partes, como também, pode derivar de causas legais previstas nos Art.º 122º e 123º da Lei nº 23/2007, de 1 de Agosto.

2.1.1 Suspensão por Motivos respeitantes ao Empregador

Nos termos do Artigo 123º da Lei 23/2007, de 1 de Agosto, o empregador pode suspender os contratos de trabalho por motivos resultantes de mercado (redução da actividade da empresa), estruturais (falta de recursos económicos e financeiros),

tecnológicos, catastróficas ou outras ocorrências, que tenham ou venham, previsivelmente, afectar a actividade normal da empresa ou estabelecimento. Note-se que a forma de cessação da relação laboral por motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado foi adoptada num contexto de necessidade de maior atracção de investimentos para o Estado e necessidade de adequação Estratégia Nacional Melhoria do Ambiente de Negócios (ABDUL & DUARTE, 2007).

Com efeito, numa empresa paralisada, ou quando a Entidade empregadora ordena a não realização de um trabalho ou quando o trabalho a realizar não é útil não se pode prestar serviços. No entanto, exige-se que a suspensão da relação de Trabalho de uns se mostre inevitável e indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção de alguns postos de trabalho.

Os principais efeitos da suspensão do contrato de trabalho são, a conservação do posto de trabalho, a Conservação da Antiguidade, Exoneração do trabalhador da principal Obrigação (Prestação de Trabalho), a Desobrigação do Pagamento Completo da Remuneração, Permanência dos deveres acessórios (Cfr. Artigo 123º n.º 3 e 5 conjugado com o Artigo 122º n.º 4 ambos da Lei 23/2007 de 1 de Agosto).

Compete à Inspeção Geral do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, pôr termo à aplicação do Regime de suspensão dos contratos relativamente a todos ou a alguns dos trabalhadores abrangidos, quando se verifique a inexistência de motivos invocados para a suspensão ou a admissão de novos trabalhadores para actividade ou função susceptível de ser exercida pelos trabalhadores suspensos (Cfr. Artigo 123º n.º 4 da Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto).

2.1.2 Processo de Suspensão do Contrato de Trabalho por parte da Entidade empregadora e seus Efeitos

Para a efectivação da Suspensão do trabalhador, a entidade empregadora deverá observar os seguintes procedimentos (Cfr. Artigo 123º da Lei n.º 23/2007, de 01 de Agosto):

a) O empregador deve comunicar por escrito, a cada trabalhador abrangido, os fundamentos da suspensão e indicar a data do início e do termo;

b) A carta deve ser, em simultâneo, remetida ao Ministério que tutela a área do Trabalho e ao Órgão Sindical.

c) Deve ser feita uma comunicação ao Instituto Nacional de Segurança Social.

d) Devem se observar os pagamentos das remunerações durante os três primeiros meses de suspensão (75%, 50% e 25% da remuneração).

2.2 Cessação do contrato de trabalho

A Cessação do Contrato de Trabalho é a Extinção do Vínculo Laboral existente entre o Empregador e Trabalhador. Aliás, ALFREDO (2008, p.12920) fundamenta a cessão afirmando que "uma relação jurídico-laboral se equipara à vida de qualquer ser humano, nasce, desenvolve-se, modifica-se e extingue-se". No contexto moçambicano, o Legislador enumera várias situações que levam a determinar o fim do vínculo jurídico-laboral. É assim que, nos termos do disposto no Artigo 124º, nº1 da Lei 23/2007, de 1 de Agosto, o Contrato de Trabalho pode cessar por:

- (a) Caducidade;
- (b) Acordo Revogatório;
- (c) Denúncia por qualquer das partes;
- (d) Rescisão por qualquer das partes do contrato com Justa Causa.

2.2.1 Rescisão por qualquer das partes contratantes com justa causa

A Rescisão é entendida como uma forma de Extinção do Contrato por manifestação de vontade de uma das partes, válida, desde que para tal tenha fundamento na Lei ou no próprio Contrato. Também é uma forma dos contratos, consubstanciada numa declaração de vontade unilateral e vinculativa (PRATA, 2006, p. 1292). Considera-se, em geral, Justa Causa para Rescisão do Contrato de Trabalho os factos ou circunstâncias graves que impossibilitem, moral ou materialmente, a subsistência da relação contratual estabelecida (Cfr. artigo 127 nº1 da Lei 23/2007 – Lei do trabalho - LT). Assim, a rescisão constitui uma forma que qualquer das partes pode adoptar nos termos do artigo 127 da LT, sendo de destacar o regime reservado ao trabalhador (Artigo 128º) e ao empregador (Artigo 130º), ambos da LT. A Rescisão do Contrato de Trabalho, por qualquer das partes, com justa causa constitui, nos termos da alínea d) do Art.º 124º da Lei nº23/2007, de 01 de Agosto, uma forma de Cessação do Contrato de Trabalho.

2.2.2. Rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador com aviso prévio

O Artigo 130º da Lei nº23/2007 de 1 de Agosto (LT) prevê a Rescisão do Contrato de Trabalho por tempo indeterminado por iniciativa do empregador, estabelecendo mecanismo para a Rescisão que se fundam em:

- (a) Motivos Estruturais referentes à Reorganização ou Reestruturação da Produção, Mudança de Actividade bem como o Desequilíbrio Económico e Financeiro;

(b) Motivos Tecnológicos, introdução de uma Nova Tecnologia, Alteração dos Processos ou Métodos de Trabalho bem como a Informatização de Serviços;

(c) Motivos de Mercado, Redução das Actividades da Empresa provocada por dificuldades de colocação dos Bens ou Serviços no Mercado.

O empregador, devido à ocorrência da Pandemia, tem a possibilidade de recorrer a estes mecanismos estabelecidos na Lei para reduzir a sua mão-de-obra excedentária, sem, contudo, provar que esta seja desnecessária. Tal pode ocorrer de forma tão exposta, que o empregador apenas se limita a incluir, na Carta de Aviso Prévio, o Motivo da Cessação da Relação Laboral, não estando obrigado a apresentar provas necessárias, no momento da Cessação da Relação Laboral.

Note-se que um dos factores que contribui para o despedimento, com fundamento em motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado, é a mudança de actividade de uma empresa que pode ocorrer por diversos motivos.

3. ANÁLISE DOS PROCEDIMENTOS PARA A SUSPENSÃO E CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO FACE AO PRINCÍPIO DE SEGURANÇA NO EMPREGO

Para a efectiva o da Cessa o da Relação de Trabalho por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, enquadrando a pandemia nos motivos estruturais e de mercado, a entidade empregadora deverá observar os seguintes procedimentos (Artigo 123  n 2 da LT):

- a) Comunicar, por escrito, a cada trabalhador abrangido;
- b) Comunicar ao  rg o Sindical ou, na falta deste,   Comissão de Trabalhadores ou Associa o Sindical representativa;
- c) Comunicar ao Ministério de Trabalho, com antecedência não inferior a 30 dias;
- d) Disponibilizar os valores necessários para a indemniza o correspondente

Os Artigos 84 , 85  e seguintes, da Constitui o da República de Moçambique, fazem referência ao Princípio de Segurança no Emprego. Este princípio   norteador das rela es em que estão vinculados os trabalhadores subordinados, ligados por contrato de trabalho e visa garantir-lhe uma perspectiva de segurança na organiza o que o contratou, garantindo aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa, ou por motivos políticos ou ideológicos. O Princípio de Segurança no Emprego traduz-se, antes de mais, na proibi o do despedimento sem causa justa e/ ou não fundamentada.

180 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

No entanto fazendo uma análise aos procedimentos estabelecidos por lei, para cessação da relação laboral por motivos respeitantes ao empregador, nos termos do Artigo 130º da LT vigente, percebemos que a intervenção do Estado é mínima, não colaborando, directamente, no processo de verificação da fundamentação dos motivos elencados para o despedimento.

O problema surge da indisponibilidade de meios por parte do Estado, para efeitos de fiscalização ou por falta de Recursos Financeiros: O Sector da inspecção não possui Capacidade Técnica para mobilizar uma equipa ou até a própria Máquina Judicial não possui para e averiguar e apurar a Veracidade dos factos que justifiquem a não existência de fundos para manter um ou mais trabalhadores na esfera Laboral da Entidade empregadora.

Note-se que a forma de Cessação da Relação Laboral por Motivos Estruturais, Tecnológicos ou de Mercado foi adoptada num contexto de necessidade de maior atracção de Investimentos para o Estado e necessidade de adequação Estratégia Nacional Melhoria do Ambiente de Negócios (ABDUL & DUARTE, 2007).

A ambígua e distorcida percepção que se pode ter dos motivos estruturais, tecnológico e de mercados pode levar a crer que o legislador pretendia conceder benefícios ao Empregador dando protecção a este, em detrimento da protecção que devia dedicar ao Trabalhador. Tal pode ocorrer de forma tão exposta que o Empregador apenas se limita a incluir, na Carta de Pré-Aviso, o motivo da Cessação da Relação Laboral, não estando este obrigado a apresentar provas necessárias no momento da Cessão da Relação Laboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da Análise do tema **Suspensão e Cessação da Relação Laboral em Tempos de Pandemia face ao Princípio de Segurança no Trabalho** podemos concluir que os Procedimentos exigidos por lei apresentam lacunas, que permitem o uso abusivo da Suspensão ou Cessação da relação laboral, por Motivos Estruturais ou de Mercado.

Concluimos, também, que o Estado, neste processo, tem uma intervenção mínima, o que permite a violação do Princípio de Segurança no Trabalho, constitucionalmente plasmado. As razões para uma intervenção mínima no processo de Suspensão e Cessação Laboral, devem-se às consequências gravosas que da mesma advêm para o Trabalhador, mas, também, no facto de a Administração ter que suportar uma parte da Compensação Salarial que a lei atribui ao trabalhador afectado.

Recomenda-se a observância de um processo composto por uma fase intra-empresarial e por outra administrativa. Assim, uma empresa que tenha fundamentos

para suspender o contrato de trabalho, deverá, numa primeira fase, submeter à consideração dos organismos representativos dos trabalhadores abrangidos o projecto de suspensão e negociar com eles a sua oportunidade e amplitude, tendo em vista a obtenção de um acordo. Contudo, o consenso ou a divergência de posições entre o empregador e os representantes dos trabalhadores não podem ser decisivos para a concretização da suspensão ou rescisão.

Compete às Autoridades Judiciais ou aos Órgãos de Mediação e Arbitragem declarar o Recurso abusivo ou a inexistência das razões determinativas da aplicação do Regime de Suspensão ou Rescisão dos contratos de trabalho fundada em motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado.

REFERÊNCIAS

ABDUL, Carimo Issa; DUARTE, Casimiro, PAULO Comoane. **Lei de Trabalho Anotada**. Maputo: UTREL, 2007.

ALFREDO, Benjamim. **Noções Gerais do Regime Jurídico do Processo Disciplinar, Despedimento e outras Formas de Cessação do Contrato de Trabalho**, Maputo-Moçambique: Monde Gráfica, 2008.

ALMEIDA, José Eusébio. *A Cessação do Contrato de Trabalho por Iniciativa do Trabalhador*:

Notas e Dúvidas ao Novo Regime. In: **I Reforma do Código do Trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FRAGOSO, Américo Oliveira. **Dos Contratos de Trabalho a Prazo Reflexões sobre o jurídico introduzido pela nova Lei do Trabalho de Moçambique** (Lei n.0 23/2007, de 1 de Agosto).

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do Trabalho**: Vol. I - Relações Individuais Trabalho, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINEZ. Pedro Rodriguez. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2005.

NASCIMENTO, Ricardo. **Da Cessação do Contrato de Trabalho**: em Especial por Iniciativa do Trabalhador. Coimbra: Coimbra Editora. 2008.

OLIVEIRA, Sílvio Luiz de. **Metodologia Científica Aplicada ao Direito**. São Paulo: Editora Thompson, 2002.

PRATA, Ana, **Dicionário jurídico**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

RAMOS, Santa Taciana Carrillo; NARANJO, Ernan Santiesteban. **Metodologia da Investigação Científica**. Angola: Escolar Editora, 2014.

182 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: parte 11 - Situações Laborais Individuais, V. Coimbra: Almedina, 2012

REPÚBLICA DE MOCAMBIQUE, **Lei nº 23/2007, de 1 de Agosto**, que aprova a Lei do Trabalho, 1ª Edição, plural Editores, in Boletim da República, I Série n.022, de I de Agosto.

_____. **Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966**, Código Civil. 4. ed. Maputo: Plural Editores, 2015.

_____. **Constituição da República**, aprovado pela Assembleia da República, 16 de Novembro, actualizada pela Lei nº 1/2018 de 12 de Junho.

SAMPIREI, Roberto Hernandez, et al. **Metodologia de Pesquisa Científica**. 5. ed. Porto Alegre, 2013.

SILVA, E. L. da; ME NERF-S. E. W. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 3. ed. Florianópolis: Laboratório de ensino a distância da UFSC, 2001.

TIMBANE, Tomás Luís. **A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho Com Justa causa**. Coimbra: Almedina, 2006.

**VULNERABILIDADES NA
PROTEÇÃO DOS
DIREITOS, LIBERDADES E
GARANTIAS
FUNDAMENTAIS EM
ANGOLA EM TEMPOS DE
COVID-19**

Utukidi José Carlos

VULNERABILIDADES NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM ANGOLA EM TEMPOS DE COVID-19

Utukidi José Carlos¹

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, tal como conhecemos hoje, são resultantes de um longo e complexo processo evolutivo, compreendido e subdividido, historicamente, por diversos períodos. O reconhecimento e a positivação desses direitos na ordem jurídico-constitucional só foi possível através da sua evolução histórica, atendendo que os mesmos não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados e positivados em consonância com as próprias transformações da civilização humana, sendo a limitação do poder político um dos fatores decisivos no processo de “consciência histórica dos direitos humanos” (COMPARATO, 2003:40).

Historicamente, ainda que não muito relevante, persiste a confusão em torno das expressões «direitos humanos» e «direitos fundamentais», usadas por muitos autores como sendo sinónimas. Enquanto parte da doutrina, entende-se existirem razões, nomeadamente, de ordem histórica e terminológicas, suficientes que justifiquem a distinção entre as duas expressões.

Sendo assim, segundo a sua origem e significado, poderíamos distingui-los da seguinte maneira: “direitos humanos são direitos válidos para os povos e em todos tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”. (CANOTILHO, 2003: 393). Ressalta, ainda, este autor que “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (Ibidem).

¹ Licenciado em Ciência Política, pela Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Agostinho Neto (UAN); Finalista do Curso Superior em Filosofia, pela Faculdade de Humanidades da UAN; Professor de História e Filosofia; Activista pelos Direitos Humanos; e pesquisador independente pelo Laboratório Académico e Político (LAP).

Nessa conformidade, a expressão direitos humanos serve para identificar os direitos inerentes à pessoa humana com reconhecimento no direito internacional, enquanto a expressão direitos fundamentais reporta-se a posituação destes mesmos direitos numa ordem jurídica específica positiva, geralmente a Constituição, cujas normas se caracterizam pela superioridade hierárquica que evidenciam no contexto de todo o ordenamento jurídico interno.

Deste modo, os Direitos Humanos são, assim, a base mais alargada dos direitos fundamentais, sendo essa última considerada parte importante de toda e qualquer Constituição de um Estado democrático e de direito, na medida em que responde, diretamente, aos mais profundos e elementares anseios do povo – à base legitimadora do poder e da existência do próprio Estado, constituindo, por isso, uma forma de limitação do poder político.

Ora, no contexto da emergência da pandemia do vírus Sars-Covid-2 (COVID-19), à nível global, atendendo as restrições impostas pelo Estado de Emergência, através da adoção de medidas de segurança pública contra o vírus, os países tiveram de enfrentar desafios de vária ordem, não apenas no capítulo de saúde pública, como também no económico, atendendo ao elevado número de empresas que faliram, elevando, por via disso, o desemprego, e a limitação de determinados direitos sociais e políticos.

À luz da realidade constitucional angolana, a possibilidade de restrição e limitação ou suspensão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos está tipificada na Constituição da República de Angola², nos seus artigos 57.^o e 58.^o. Todavia, apesar de a CRA regular esse direito e estabelecer regras de como as autoridades devem se proceder, dadas as graves vulnerabilidades de vária ordem que caracterizam o tecido social e o funcionamento do sistema político angolano, foi notório o cometimento de muitos e injustificáveis excessos na atuação dos agentes revestidos de autoridades de Estado, causando muitas mortes a cidadãos indefesos e socialmente carentes.

Nessa conformidade, se de um lado a crise sanitária, resultante do contexto pandémico, impôs aos Estados a tomada de ações concretas que, essencialmente, visavam proteger a pessoa humana nas suas mais diferentes vertentes, do outro, por via da politização que se pretendeu fazer do vírus, foi possível transformar os meios de comunicação social em veículos de partilha de teses teatrais e evidenciar-se um terrorismo de Estado.

² Doravante abreviada em CRA, significando Constituição da República de Angola.

1. A TIPIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE ANGOLA

Na CRA, os direitos e deveres fundamentais encontram-se sistematizados no Título II – que compreende os artigos. 22.º a 88.º. No Capítulo I estabelece-se o regime geral aplicável a todos os direitos fundamentais (arts. 22.º a 29.º), quer estejam consagrados formalmente no texto constitucional, quer se encontrem fora da Constituição.

A Constituição angolana – tal como a de muitos outros países – consagra a velha e/ou tradicional divisão dicotómica e dogmática dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: por um lado, os «direitos, liberdades e garantias» e, por outro, os «direitos económicos, sociais e culturais», também designados, abreviadamente, por direitos sociais. Olhando para a sua sistematização, verificamos que, com efeito, a Constituição estabelece um Capítulo autónomo para os direitos, liberdades e garantias fundamentais (II) e reserva, igualmente, outro Capítulo para os direitos sociais (III).

O catálogo atinente aos «direitos, liberdades e garantias», conforme já evidenciado, está estruturalmente sistematizado na CRA, no seu Capítulo II, cuja 1ª Secção corresponde ao catálogo de direitos, liberdades individuais e coletivas (arts. 30.º a 55.º) e a 2ª Secção consagra a garantia dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 56.º a 75.º).

No vasto campo dos direitos e liberdades individuais e coletivas – Secção I – o legislador constituinte angolano de 2010 consagra diversos direitos, e, em primeiro lugar, o direito à vida (art. 30.º), cuja garantia constitucional se consubstancia na proibição da pena de morte, prevista no art. 59.º³. O direito à vida é o primeiro dos direitos, liberdades e garantias enunciados na CRA, pois se trata logicamente de um direito prioritário, no sentido de que é condição para a realização e satisfação de todos os outros direitos fundamentais.

De seguida, aparece a consagração do direito à integridade pessoal (art. 31.º), com a garantia constitucional assente na proibição de tortura e de tratamentos degradantes (art. 60.º). Este direito é, segundo Canotilho e Moreira (2007, p. 455), “válido não apenas contra o Estado mas, igualmente, contra qualquer outra pessoa”, ou seja, o seu âmbito de proteção subjetiva tem como referente todas as pessoas.

Em relação às garantias dos direitos e liberdades fundamentais – Secção II – há a destacar: a restrição de direitos, liberdades e garantias (art. 57.º) e a limitação ou suspensão dos direitos, liberdades e garantias (art. 58.º). O artigo 58.º da CRA

³ “O Estado respeita e protege a vida da pessoa humana, que é inviolável”, e consequentemente “é proibida a pena de morte”. Redacção dos arts. 30.º/1 e 59.º da CRA.

representa uma importante garantia, na medida em que determina os âmbitos em que o exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos podem ser limitados ou suspensos, nomeadamente em caso de «estado de guerra», «de sítio» ou de «emergência» (n.º 1 do artigo 58.º).

No artigo 59.º vem consagrada a proibição da pena de morte, uma vez que é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. A CRA consagra o princípio da proibição da tortura e de tratamentos degradantes, assim como a proibição de todo o tipo de ofensas à dignidade humana (art. 60.º). Neste âmbito, fixam-se, ainda, as garantias processuais de âmbito penal (art. 65.º), que estabelecem os princípios constitucionais de âmbito penal, tais como o princípio da legalidade (n.º 2), o princípio da tipicidade (n.º 3), o princípio da não retroactividade da lei penal (n.º 4) e o princípio *non bis in idem* (n.º 4); a garantia do processo criminal (art. 67.º) – neste preceito estabelece-se a “constituição processual criminal”, ou seja, os princípios materiais do processo criminal, nomeadamente o direito ao recurso e patrocínio judiciário (n.º 1); o princípio da presunção de inocência do arguido (n.º 2); o direito a assistência judiciária (n.º 3).

2. VULNERABILIDADES, O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ANGOLA EM TEMPO DE COVID-19

Em Angola, a declaração do Estado de Emergência emanou do Decreto Presidencial n.º 81/20, de 25 de Março, vigorando até ao dia 24 de Maio do mesmo ano. A 25 de Maio de 2020, de modo a conter a rápida evolução do vírus, foi decretado o «Estado de Calamidade Pública», passando a vigorar novas regras para a gestão administrativa da situação da pandemia, sendo algumas delas a suspensão de direitos fundamentais, a proibição de ajuntamento de pessoas e o uso da máscara facial em lugares públicos.

Uma emergência, de acordo com os professores Bruno Rotta de Almeida e Patrick Cacicado (2020:1), “remete à ideia de urgência que uma situação deve ser atendida em razão da sua gravidade”. Seguindo a tónica dos pensadores acima enunciados, em muitos casos, as respostas a uma crise emergencial requerem interferência do direito, restringindo ou ampliando os direitos dos cidadãos.

Todavia, apesar da consagração tácita, legal ou formal do Estado de Emergência nas constituições dos países, o contexto pandémico configurou-se bastante desafiador e veio a confirmar as vulnerabilidades do funcionamento formal do Estado democrático e de direito em Angola que, importa que se diga, quanto mais funciona, menos parece funcionar.

Tal como em muitos outros países, para o contexto angolano, esse período, tratou-se de uma conjuntura que cada vez mais se distanciou da trajetória legal e provou, ainda mais, a existência de um regime de cariz autoritário. Diferentemente de outras latitudes, onde os governos gizaram programas de renda básica emergencial para as famílias mais pobres⁴, em Angola, perante a incapacidade do governo em responder positivamente as políticas e necessidades públicas e conferir dignidade para grande maioria dos seus cidadãos, foi notória uma escala de violência por parte de agentes da Polícia Nacional (PNA) e das Forças Armadas (FAA), dias após a consagração do Estado de Emergência.

A título exemplificativo, se nos primeiros 14 dias que caracterizaram o Estado de Emergência não houve registros de pessoas que perderam a vida à fome, contrasta que em dois (2) meses do Estado de Emergência, registaram-se cinco (5) mortes provocadas pela violência policial e nenhuma causada pelo vírus⁵.

Para o efeito, se o Estado de Emergência, consagrado legalmente, representa uma das medidas constitucionais de exceção e que busca, essencialmente, a limitação e a suspensão de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, a sua efetivação em nenhum momento deve pôr em causa a vida e a integridade física de cidadãos, porquanto são dois dos valores que, de acordo com a própria CRA, invioláveis.

Já no âmbito dos direitos sociais, sobretudo no direito à saúde, o país não possui e nem tampouco criaram-se as condições e infraestruturas sanitárias suficientes para cobrir as demandas provocadas pela situação pandémica, o que veio a causar o agravamento de outras doenças, pois a atenção dada à Covid-19 foi visivelmente superior ao de tratamento de outras doenças, como a malária, registrando-se, deste modo, tanto num como noutro caso, a inexistência de uma política humanitária voltada à proteção do bem jurídico mais importante: a vida.

2.1 Factores que condicionaram a proteção dos direitos humanos em Angola em época de Covid-19

O Estado de Emergência em Angola, proclamado para proteger os cidadãos contra uma possível contaminação do novo vírus da Covid-19, produziu excessos que, em muitas circunstâncias, causaram atropelos aos direitos humanos. Nessa conformidade, entre os fatores que propiciaram tais atropelos sintetizamo-los da seguinte forma:

⁴ O Brasil e o México são exemplos paradigmáticos.

⁵ Segundo dados do Ministério da Saúde de Angola (MINSA), até Maio de 2022, o país teve um registo de total de 99 481 casos de Covid-19, dos quais: 97 507 recuperados (98%); 1 900 óbitos (0,019%); 74 casos ativos e 9 em internamento.

- a) Conjuntura política: poder do governo cada vez mais concentrado e autoritário, repressão policial, corrupção institucional e impunidade;
- b) Conjuntura económica: elevado índice de desemprego e condições sociais desfavoráveis para a subsistência de grande parte de famílias angolanas, fatores que motivaram reivindicações públicas por mais direitos e melhores condições de vida, que acabaram sendo duramente reprimidos;
- c) Conjuntura social: agravamento da crise social, marginalização dos jovens, descontentamento crescente contra o governo por conta dos elevados custos de produtos de primeira necessidade, encerramento das fontes de rendimento (sobretudo informal) das populações, bem como a deterioração das condições sociais e a redução do poder de compra;
- d) Legal: sistema judiciário corrupto e submisso ao governo – condenação de críticos do governo / desrespeito à lei que garante o direito de protesto;
- e) Institucional: excessiva subserviência das instituições do Estado ao poder político.

2.1.1 “A Polícia não está no terreno para servir rebuçados”

Uma semana depois da declaração do Estado de Emergência em Angola, ouviu-se, do Ministro do Interior, Eugênio Laborinho, uma das declarações mais terríveis e que melhor caracterizou, na época, o autoritarismo político em Angola. Resumida na seguinte passagem: “*A Polícia não está no terreno para servir rebuçados, nem para dar chocolates*”.

Essa frase, inicialmente usada como justificativa para os excessos cometidos pelos agentes de segurança pública durante a fiscalização das medidas de calamidade pública, veio, *a posteriori*, servir como uma medida para tolerar e legitimar toda a carga de violência policial praticada nesse contexto e incentivar a adoção de instrumentos autoritários, extremamente violentos, desumanos, ilegítimos, dolorosos de punição de cidadãos, para além de se afigurarem-se contrários à dignidade da Pessoa Humana.

Assim, foi por via desse regime autoritário, cujas ações assentam mais em diretivas de partido único e numa cultura dogmática inconstitucional, essencialmente centrada em ocorrências e vontades políticas, que os direitos humanos em Angola foram – tal como têm sido – se tornando cada vez mais desprotegidos e seriamente comprometidos, enquanto os cidadãos, sobretudo os mais carentes, buscavam encontrar mecanismos para garantir a sua sobrevivência, uma vez que é da economia informal que larga maioria da população angolana sobrevive.

190

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

Citando os dados divulgados pelo Ondjango Feminista (2019, pp. 28 e 29) “apenas 6% da população angolana não tem qualquer relação com o mercado informal. E dos 74% que têm essa relação: 70% são mulheres; 80% estão entre os 15 e 39 anos de idade; 78% tem menos do que a 7.^a Classe; estimando-se, ainda, que menos de 5% exerce a atividade na sua província de origem”.

Esses dados deixam claro que grande parte das pessoas cujos direitos foram violentados em tempos de Covid-19 são vítimas de algum tipo de exclusão social, sofrem os efeitos da denegação de direitos e estão desprotegidos por quem os deveria proteger, logo, são pessoas que já sofrem injustiças de várias ordens.

2.2 Casos de violação de direitos humanos em tempos de Covid-19, documentados pela Amnistia Internacional e a Associação Omunga

O problema do uso excessivo, desproporcional e desnecessário da força pela polícia encontra-se desde há muito generalizado por todo o país e a sociedade civil angolana tem vindo a debater este assunto há muitos anos. Em vez de procurar o diálogo com os representantes da sociedade civil e os manifestantes, o governo tem vindo a aperfeiçoar cada vez mais suas técnicas de repressão, sendo que essa situação só se agravou ao longo do período de vigência do Estado de Emergência, como consequência das medidas impostas pela Covid-19.

Grande parte dos casos de violência policial, com incidência nos assassinatos de cidadãos em tempos de Covid-19, foram reportados pela Amnistia Internacional, num relatório conjunto com a Associação cívica angolana OMUNGA, ficando-se registado os casos que abaixo se seguem:

2.2.1 13 de Maio de 2020

Na manhã do dia 13 de Maio de 2020, a mãe de Mário Palma Romeu, de 14 anos, carinhosamente conhecido como Marito, pediu-lhe que fosse comprar açúcar, na praça da praia das Tombas, no município de Benguela, província de Benguela. Nessa mesma manhã, a polícia foi chamada a intervir na praia, devido a uma insurreição causada por um grupo de jovens que trabalhava em barcos de pesca. Tentando dispersar a população que se encontrava na praia, um agente da polícia disparou duas vezes para o ar. O segundo tiro atingiu Marito na cabeça, que teve morte imediata.

O Comando Provincial da Polícia em Benguela, como forma de compensação, pagou parte dos custos do funeral de Marito e enviou um cabaz de comida com duas caixas de massa, um saco de feijão, uma caixa de óleo e dois sacos de farinha de milho à família de Marito.

Marito e o irmão trabalhavam no mercado do peixe para ajudar a família, uma vez que mãe, que está a criar os filhos sozinha, é doente e já não pode trabalhar. A mãe atravessa um momento de luto muito doloroso e sente grandes dificuldades em alimentar a sua família. O agente responsável pela morte de Marito encontra-se em prisão preventiva, a aguardar a investigação ao homicídio. O Ministro do Interior em Benguela abriu também um processo disciplinar contra o autor do crime.

2.2.2 5 de Junho de 2020

Altino Holandês Afonso, a quem afectuosamente chamavam de Hernani, era um estudante de 15 anos de idade que jogava futebol no Interclube FC, o clube desportivo local. No dia 5 de Junho de 2020, por volta das 20h00', Altino tomou um duche e dirigiu-se à cantina da família, situada perto de sua casa, para ver a avó e a tia. Minutos mais tarde, ouviram-se tiros da polícia, possivelmente para dispersar pessoas nas ruas. A tia escondeu-se imediatamente atrás do balcão da cantina e Altino correu para casa dela.

Testemunhas contaram à Amnistia Internacional e à OMUNGA que um agente da polícia o perseguiu, atingindo-o com uma arma de fogo quando Altino se encontrava mesmo frente à porta de casa. Altino foi levado para o hospital, mas faleceu momentos depois. Testemunhas do homicídio relataram à Amnistia Internacional e à OMUNGA que o agente que baleou Altino estava embriagado. Neste momento, encontra-se em prisão preventiva, a aguardar acusação formal e julgamento.

2.2.3 17 de Junho de 2020

Por volta das 09h00', do dia 17 de Junho, João de Assunção Eliseu, de 20 anos, saiu do quarto e foi à casa de banho comum da vila onde vivia, quando dois agentes da Polícia Nacional de Angola (PNA) o interpelaram. Segundo uma das testemunhas, João disse aos agentes que ia apenas à casa de banho e que regressaria ao seu quarto e colocaria a máscara. Como castigo, os dois agentes da polícia obrigaram João a dar cambalhotas, enquanto lhe apontavam as armas ao rosto.

João pediu aos agentes para fazer uma pausa porque se sentia maldisposto e cansado, mas, em resposta, um dos agentes disparou para o ar, perto de João, que caiu ao chão, imobilizado. Apesar de os vizinhos terem alertado que João tinha problemas de coração e hipertensão, o agente da polícia continuou a gritar-lhe, ordenando-lhe que se levantasse. Como não reagiu, os agentes chamaram uma ambulância, que chegou duas horas mais tarde. Foi conduzido ao hospital dos Cajueiros, no município de Cazenga, onde acabou por falecer.

O corpo de João foi mantido numa morgue comum (conhecida como câmara cinco), para onde os corpos não identificados são enviados antes de serem enterrados numa vala comum. Contudo, os amigos conseguiram reclamar o corpo e dar-lhe um funeral digno. Apresentando condolências, a polícia enviou um cesto com comida para a casa de João. Até hoje, os seus amigos continuam a aguardar os resultados da autópsia e não têm qualquer informação sobre processos contra os agentes da polícia. Relataram ainda que foram insultados na esquadra quando pediram informações sobre o caso e que os agentes lhes responderam: “Quem são vocês para virem aqui fazer-nos perguntas?”.

2.2.4 4 de Julho de 2020

No dia 4 de Julho de 2020, Clinton Dongala Carlos, de 16 anos de idade, foi baleado mortalmente, por volta das 18h50', no bairro da Boa Esperança 1, município de Cacuaco, província de Luanda. Clinton tinha acabado de jantar em casa da tia e estava a caminhar de regresso a casa, a uma distância de 300 metros. Segundo testemunhas, seis agentes das forças de segurança, incluindo dois membros das Forças Armadas Angolanas (FAA) e um agente da PNA, todos de uniforme, e dois agentes da PNA à paisana, conhecidos da comunidade local, estavam a perseguir suspeitos.

Os vizinhos, que se encontravam na rua, apercebendo-se de que algo se estava a passar, correram para se protegerem. Os agentes avançaram na direção de Clinton, que corria para casa, e balearam-no nas costas. Testemunhas indicam que os agentes se aproximaram de Clinton e, provavelmente apercebendo-se de que era “inocente”, pediram água aos vizinhos e deitaram-na na cara do rapaz. Os vizinhos que se encontravam escondidos ouviram então um segundo tiro. Quando os agentes se afastaram, os vizinhos constataram que Clinton tinha sido baleado na cara.

No mesmo dia, vizinhos e familiares de Clinton invadiram as casas dos agentes da polícia que alegadamente tinham cometido o assassinato e destruíram os seus pertences. Três vizinhos e quatro familiares de Clinton foram presos e conduzidos à 41ª esquadra. No dia 6 de julho, foram transferidos para o Comando Municipal de Cacuaco, onde permaneceram detidos durante 14 dias. A 20 de julho, as sete (7) pessoas foram soltas sem acusação formalizada, depois de pagarem uma caução de 140 mil kwanzas (aproximadamente USD 250).

2.2.5 13 de Julho de 2020

No dia 13 de Julho de 2020, dezenas de angolanos foram para as ruas de Luanda protestar contra o assassinato de outro jovem no município de Luanda. José Quiocama Manuel, conhecido como Cleide, motorista de mototáxi, que se encontrava a caminho

da casa de um amigo após terminar o trabalho nessa noite, no bairro do Prenda. Segundo testemunhos comunicados à Amnistia Internacional e à OMUNGA, era cerca da meia-noite quando as pessoas começaram a gritar que “a polícia estava a chegar”.

Cleide e Maurício José Isabel Mucongo, um rapaz de 16 anos de idade, tentaram esconder-se, mas foram atingidos pelos disparos de um agente da polícia. Maurício foi atingido num ombro e sobreviveu, mas Cleide foi mortalmente ferida.

“Foi um incidente de trabalho. O colega estava no seu exercício e no âmbito da fiscalização dos incumprimentos [das medidas preventivas da COVID-19]. Um grupo de jovens, no Prenda, insurgiram-se contra a polícia e na tentativa de os afastar o colega acidentalmente disparou, atingindo mortalmente um deles” disse Nestor Goubel, porta-voz do Comando Provincial de Luanda da Polícia Nacional, referindo-se à morte de Cleide, numa conferência de imprensa a 13 de julho.

2.2.6 22 de Agosto de 2020

No dia 22 de Agosto, Vanildo Sebastião Futa – mais conhecido como Vado entre os seus amigos – de 21 anos de idade, foi morto por um militar das Forças Armadas Angolanas (FAA), no bairro Zango 3, a cerca de 500 metros da porta da sua casa, por volta das 21h30’.

Vado e dois amigos saíram de sua casa e dirigiram-se a uma cantina⁶ próxima. Durante este percurso, encontraram-se com três elementos das FAA. Um dos amigos de Vado, Lucas Gamboa, não estava a usar máscara facial e foi interpelado pelos militares. Vado e o seu outro amigo observaram a situação à distância.

Testemunhas contaram à Amnistia Internacional e à OMUNGA que um dos militares exigiu o pagamento de 2 000 kwanzas (cerca de USD 3) para deixar Lucas em liberdade. Contudo, Lucas só tinha 1 500 kwanzas e, segundo as testemunhas, um dos militares começou a ficar nervoso e a repetir que queria o montante completo de 2 000 kwanzas. Lucas fugiu, mas, quando se voltou para correr, ouviu um tiro. Vado, que estava a observar o que se passava a alguma distância, foi atingido nas costas e correu cerca de 100 metros antes de cair.

2.2.7 1 de Setembro de 2020

Na noite de 1 de Setembro de 2020, o pediatra Sílvio Dala, de 35 anos de idade, mesmo estando sozinho no seu carro, foi abordado por agentes da PNA por não estar a usar máscara facial. Em situações do género, uma das medidas de segurança

⁶ Pequenos estabelecimentos comerciais destinados à venda de produtos de primeira necessidade nos bairros de Luanda.

pública impostas pelo estado de emergência consistia no uso de máscara facial nas vias e ajuntamentos públicos⁷, caso contrário, o implicado ficava sujeito ao pagamento de multas.

É assim que os agentes da PNA conduziram o Dr. Sílvio Dala à esquadra de Catotes, na área de Rocha Pinto, município de Luanda. A esquadra da polícia não dispunha de meios para pagamento electrónico de multas e o Dr. Sílvio telefonou a um familiar para vir ajudar a efectuar o pagamento. Ora, segundo os agentes da PNA, enquanto aguardava na esquadra da polícia, o Dr. Sílvio sentiu-se mal, desmaiou e caiu e, em consequência desta queda, sofreu um ferimento na cabeça, sendo depois levado ao Hospital do Prenda, onde chegou já morto.

O porta-voz da Comissão Multissetorial de Combate à Covid-19, Comissário Waldemar José, declarou que o resultado da autópsia confirmava que o pediatra tinha morrido de uma paragem cardíaca e não tinha sofrido qualquer agressão física. Contudo, o Sindicato Nacional dos Médicos Angolanos (SNMA) contestou os resultados da autópsia apresentados pelo governo. De acordo com o SNMA, um dos colegas de Sílvio deslocou-se à morgue do Hospital Josina Machel para identificar o corpo e afirmou que o corte na sua testa não podia ter resultado de uma queda. O SNMA também reclamou por o representante do sindicato, patologista, não ter sido autorizado pelos agentes da polícia a monitorizar a autópsia.

2.2.8 10 de Setembro de 2020

Na noite de 10 de Setembro de 2020, Helena Sebastião Mussunda, de 15 anos de idade, foi atingida mortalmente por um tiro disparado por um agente da PNA, no bairro dos Ossos, município do Cazenga, na província de Luanda. Nessa mesma noite, tinha havido uma rixa entre alguns jovens no bairro. Alguns residentes do bairro, para acabar com a altercação, levaram um dos jovens à esquadra da polícia do bairro dos Ossos. Muitas pessoas começaram a juntar-se, tanto no interior como no exterior da esquadra, pedindo aos agentes da polícia que acabassem com a briga.

A polícia decidiu dispersar o ajuntamento de pessoas e um dos agentes disparou vários tiros. Uma das balas atingiu Helena, que se encontrava no interior da esquadra, na região do peito, tendo morte instantânea. Helena estava grávida de dois meses.

Quando se apercebeu de que Helena não apresentava sinais vitais, o agente responsável pelos tiros abandonou a esquadra. Os residentes, enfurecidos pela morte de Helena, incendiaram a esquadra da polícia, que ficou praticamente reduzida a cinzas.

⁷ Nenhuma das duas condições aplicavam-se ao Dr. Sílvio Dala, pois, durante as ocorrências, encontrava-se no interior de sua viatura.

2.2.9 24 de Outubro de 2020

No dia 24 de Outubro de 2020, a polícia reprimiu violentamente manifestações pacíficas contra as condições de vida precárias e exigindo eleições autárquicas, nas ruas das províncias de Luanda e do Huambo. Em Luanda, a Polícia Nacional de Angola (PNA) montou barricadas para impedir os manifestantes de se juntarem no ponto de encontro e prendeu arbitrariamente 103 manifestantes e transeuntes, nomeadamente jornalistas, mães com crianças e adolescentes menores de 16 anos.

A polícia retirou à força dois jornalistas da Rádio Essencial, um fotógrafo do jornal Valor Económico e o seu motorista do veículo onde se encontravam e agrediu-os fisicamente. Segundo os seus testemunhos, a polícia levou os quatro profissionais para o Comando Provincial de Luanda, onde ficaram detidos por dois dias. A 26 de outubro, foram soltos sem qualquer acusação. O seu equipamento electrónico, incluindo telemóveis e uma câmara fotográfica, foi confiscado pela polícia.

Os 103 manifestantes que foram presos foram submetidos a um julgamento sumário entre 26 de Outubro e 1 de Novembro de 2020. O Tribunal Provincial de Luanda condenou 71 pessoas pelo crime de “desobediência” e condenou cada uma delas a uma pena de um mês de prisão, convertida em multa. Os manifestantes interpuseram recurso para o Tribunal Supremo, que, até a data, ainda não se pronunciou sobre o caso. Os que foram presos relataram que, enquanto estiveram sob custódia policial, foram transportados das celas da prisão para o tribunal em veículos sobrelotados, apesar dos riscos colocados pela Covid-19, e passaram os seus dias em celas sobrelotadas, que não lhes permitiam praticar o distanciamento físico exigido pelos regulamentos de saúde pública – ironicamente, a razão na origem da sua condenação.

No dia anterior às manifestações planeadas para 24 de Outubro, o Presidente da República de Angola, João Manuel Gonçalves Lourenço, emitiu o Decreto Presidencial n.º 276/20, no qual o artigo 29.º proíbe ajuntamentos superiores a cinco pessoas na via pública.

No seguimento das manifestações frustradas de 24 de Outubro, movimentos de base convocaram novas manifestações em todo o país, no dia 11 de Novembro de 2020, para assinalar os 45 anos da independência de Angola. As pessoas foram protestar para as ruas contra o elevado custo de vida e para pedir a realização de eleições autárquicas nas províncias de Benguela, Cuanza Norte, Huíla, Huambo, Luanda e Namibe, em Angola.

Em várias províncias, as forças de segurança bloquearam estradas e montaram barricadas para impedir as pessoas de se juntarem nos pontos de encontro. As forças de segurança usaram canhões de água, balas de borracha, cassetetes e gás

lacrimogéneo para dispersar os manifestantes. A Amnistia Internacional e a OMUNGA foram informadas de bolsas de violência isoladas por alguns manifestantes em resposta ao uso de força brutal e indiscriminada pela polícia. Várias pessoas ficaram feridas e algumas foram levadas para o hospital e um número indeterminado de pessoas foram presas arbitrariamente e libertadas horas depois sem qualquer acusação. Inocêncio Alberto de Matos, de 26 anos de idade, estudante de engenharia informática na Universidade Agostinho Neto, em Luanda, sofreu ferimentos graves e morreu.

Diante de todos esses factos expostos, entendemos que, apesar de no âmbito do regime material dos direitos, liberdades e garantias, haja a possibilidade de restrição ou limitação do exercício desses direitos, porque assente na ideia de que os direitos fundamentais não são ilimitados, intangíveis, nem sequer são absolutos, na medida em que estão sujeitos a restrições, como resulta do enunciado semântico do art. 57.º da CRA, impõe-se que sempre que o Estado possa assim proceder se deva respeitar a vida e a dignidade da Pessoa Humana, pois já há muito que a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789 adverte que os direitos têm como limites os direitos de outros membros da sociedade e que estes limites apenas poderiam ser determinados por lei⁸ e nunca ao contrário do estipulado legalmente.

3. DESAFIOS IMPOSTOS PELA COVID-19

O Estado de Emergência em Angola foi decretado sem se observar seriamente as condições socioeconómicas dos cidadãos e a capacidade de subsistência desses, tendo, em função disso, se registado elevados casos de desrespeito das medidas do Estado de Emergência, por um lado e, por outro, de violação e abusos de direitos humanos, de impunidade de muitos agentes públicos implicados em assassinatos de cidadãos indefesos e sem uma justa e adequada indemnização para as famílias lesadas, e de ineficiências graves no funcionamento do sistema judicial, sobretudo para aqueles que se encontram numa situação de elevada vulnerabilidade económica.

Essas ineficiências sublinham a necessidade de assegurar cada vez mais espaços de diálogo entre todos os segmentos sociais, de abertura de mais espaços de participação pública consciente e sem medo de represálias por parte do governo ou de outros intervenientes, cultivando, desse modo, a ideia de que nenhuma Nação nasce a partir da exclusão do outro.

⁸ O seu art. 4.º estabelecia, textualmente, o seguinte: «A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes direitos apenas podem ser determinados por Lei».

A impunidade de agentes públicos e não só é via para que mais atropelos às leis sejam cometidos, por isso, torna-se necessário responsabilizar, civil e criminalmente, todos aqueles cujas ações desrespeitam o império da lei.

Ademais, atendendo as falhas verificadas na assistência das populações mais carenciadas é, deveras, importante que o governo gize políticas públicas mais eficazes e que estejam ao alcance de todos, principalmente, criando-se condições mínimas e necessárias para atender as mais elementares necessidades por que passam os grupos sociais mais desfavorecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Emergência, em Angola, derivou do Decreto Presidencial n.º 81/20, de 25 de Março, vigorando até ao dia 24 de Maio do mesmo ano. A 25 de Maio de 2020, de modo a conter a rápida propagação do vírus da Covid-19, foi decretado o Estado de Calamidade Pública, durante o qual passou a vigorar novas regras para a gestão administrativa da situação da pandemia, sendo algumas delas a suspensão de direitos fundamentais, a proibição de ajuntamento de pessoas e o uso da máscara facial em lugares públicos.

Esse contexto de pandemia do vírus Sars-Covid-2 (COVID-19) trouxe desafios enormes ao nível de diferentes países, tanto no que toca à questão de saúde pública, como em relação às questões económicas, humanitárias e de graves violação de direitos sociais e políticos. No caso de Angola, se, do ponto de vista legal, a possibilidade de restrição e limitação ou suspensão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos tem acolhimento na sua Constituição, na prática as violações desses direitos foram se tornando cada vez mais cíclicas e rotineiras, cuja expressão substancia-se no autoritarismo político e que encontra no uso da violência institucional e na subserviência das instituições sua maneira de ser, estar e agir politicamente, inculcando nos cidadãos o medo de posicionarem-se contra toda e qualquer medida política ilegítima.

Com base a essa constatação, nesse período, a vida humana e a integridade física de muitos cidadãos – bens jurídicos que devem gozar de maior proteção do Estado e fundamento último de validade do direito –, face aos sucessivos atropelos verificados, foram sendo sucessivamente beliscados e se encontravam numa situação de preocupante vulnerabilidade, para além das gritantes vulnerabilidades já provocadas pelas desigualdades sociais.

Portanto, o Estado de Emergência em Angola, proclamado em função da situação pandémica, caracterizou-se por diversos recuos no capítulo da proteção dos direitos humanos, sobretudo no âmbito do direito à vida que, pés-embora tenha dignidade

198

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

constitucional, acabou por não se ver concretizada na prática, dados os excessos – em muitos casos injustificáveis – cometidos por agentes revestidos de autoridade estatal, assim como por parte de determinadas instituições, ao denegarem a justiça aos cidadãos e promoverem, por via disso, a impunidade. A impunidade é meio caminho para o cometimento de muitos outros crimes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, B. R. & CACICEDO, Patrick. **Emergências, Direito Penal e Covid-19: por um Direito Penal de emergência humanitária**, 2020.

ASSOCIAÇÃO MÃOS LIVRES. **“Violência policial em época da Covid-19”**, 2020.

CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRA. **Constituição da República de Angola** – 2010.

OMUNGA & AMNISTIA INTERNACIONAL. **“A Polícia não está no terreno para servir rebuçados: violência policial em Angola”**, 2. ed., 2023.

ONDJANGO FEMINISTA. **Políticas Públicas – do discurso à acção**. 3. ed., Luanda, 2019.

OS IMPACTOS DO CORONAVÍRUS AOS DIREITOS HUMANOS E À SAÚDE MENTAL

Domingos Bombo Damião

OS IMPACTOS DO CORONAVÍRUS AOS DIREITOS HUMANOS E À SAÚDE MENTAL

Domingos Bombo Damião
Universidade Agostinho Neto
Luanda – Angola

INTRODUÇÃO

A problemática sobre o estado de emergência e a protecção dos Direitos Humanos durante o COVID-19 tem sido debatida a nível nacional e internacional, desde a confirmação do novo “*Corona Vírus Disease*” identificado em 2019, que se tornou como principal causador da doença infecciosa que abalou o mundo, cujas diligências para a sua cura, prevenção e erradicação tornou-se numa das grandes prioridades de todas as pessoas, entidades governamentais e não governamentais.

Considerando os impactos da pandemia do COVID-19 aos Direitos Humanos, o objectivo desta abordagem consiste em evidenciar os principais desafios que o COVID-19 acarretou aos Direitos Humanos e à saúde mental. Esta abordagem é importante por ser um assunto da actualidade e tem sido assunto de pesquisa em várias partes do mundo. Nesta perspectiva, as questões que se colocam são as seguintes: *Que desafios a pandemia do COVID-19 colocou aos Direitos Humanos? E, que impactos a pandemia do COVID-19 trouxe à saúde mental?*

Tendo em conta estas questões, as contribuições teóricas foram colectadas da literatura existente sobre Direitos Humanos e COVID-19 e, fundamentadas com base na perspectiva de autores e pesquisadores nacionais e internacionais. Portanto, em primeiro lugar aborda-se o contexto histórico da emergência sanitária do COVID-19, a seguir expõe-se a abordagem sobre os Direitos Humanos e os principais desafios colocados pela pandemia, e por fim, apresenta-se a situação da saúde mental no contexto do COVID-19 e as considerações finais.

1. A EMERGÊNCIA SANITÁRIA DO COVID-19

O Mundo defrontou-se com a situação de pandemia devido o COVID – 19, este vírus surgiu na China e se espalhou em toda parte dos países a nível mundial, fazendo milhares de vítimas, entre elas, pessoas infectadas e mortas. Através do coronavírus os sistemas de saúde a nível do Mundo encontravam-se sobrecarregados, por outra, as economias nacionais e internacionais, os sistemas de segurança social e educação, e a produção de alimentos estavam cada vez mais ameaçados (Joaquim, *et. al*, 2020).

Como se sabe, os primeiros casos de infecção por COVID-19 foram anunciados pelas autoridades sanitárias Chinesas, em Dezembro de 2019, meses depois a doença alastrou-se de país para país e foi classificada, a 11 de Março de 2020, como uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Assim, os primeiros casos positivos em Angola foram confirmados e anunciados no dia 21 de Março pelo Ministério da Saúde, e através do Decreto Legislativo Presidencial Provisório nº 1/20 de 18 de Março e o Decreto Executivo nº 01/20 de 19 de Março, foi decretado o Estado de Emergência no dia 25 de Março, com vigorando a partir de 27 de Março de 2020, para melhor implementação das medidas de protecção social e prevenção como, uso de meios de biossegurança, a quarentena domiciliar ou institucional e outras.

Entretanto, os impactos a curto, médio e a longo prazo do coronavírus sobre os Direitos Humanos foram imensos. Este vírus evidenciou-se como um dos mais devastadores da humanidade e da economia mundial, porque afectou drasticamente o modo de vida de todos no Mundo.

2. OS DIREITOS HUMANOS EM TEMPO DE PANDEMIA DO COVID-19

Os Direitos humanos referem-se aos direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, àqueles que são essenciais à pessoa humana e que precisa ser respeitada como pessoa (Dallari, 2001). Eles são concebidos como direitos de todas as pessoas, em todos os lugares, sendo declarados, pactuados e convencionados para serem promovidos e protegidos no âmbito da comunidade internacional, seja do ponto de vista universal ou internacional. (Borges, 2006).

A nível mundial, o coronavírus afectou gravemente a plena vigência dos direitos humanos da população em virtude dos sérios riscos que o vírus representou para a vida, a saúde e a integridade pessoal, bem como seus impactos de imediato, médio e longo prazo sobre as sociedades em geral e particularmente as pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade (CIDH, 2020). Portanto, a pandemia do COVID-19 comprometeu em grande parte das situações, o exercício dos Direitos Humanos assim como a satisfação das necessidades humanas devido às restrições aplicadas às pessoas e aos bens e serviços.

2.1 Os desafios do COVID-19 aos Direitos Humanos

O COVID-19 colocou enormes desafios aos Direitos Humanos em vários níveis e aspectos da vida humana devido a incerteza da sua duração e a falta de conhecimento sobre a evolução do vírus que surgiu com muita letalidade. Segundo Freitas, *et. al.*, (2021) quando a pandemia do COVID-19 se tornou a principal preocupação mundial, nos primeiros meses de 2020 o cenário era de imensa falta de conhecimento sobre a sua duração e os seus reais impactos.

Assim, o respeito pelos Direitos Humanos em todos os âmbitos, incluindo os direitos económicos, sociais e culturais, bem como os direitos civis e políticos, tornou-se bastante fundamental para o êxito nas respostas exigidas pela saúde pública diante da fatalidade da pandemia (Sturza e Tonel, 2020). No entanto, o eclodir do COVID-19 foi desafiante para os Direitos Humanos devido aos danos causados ao nível do sistema de protecção social, liberdade de circulação, liberdade de consciência, de religião e de culto, as questões de igualdades e a justiça social, pois todos direitos encontravam-se comprometidos.

a) Quanto ao sistema de protecção social, à luz do artigo 22.^o da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país (DUDH, 1948). Quanto a isto, o COVID-19 apesar de não discriminar suas vítimas, ela agravou a vulnerabilidade dos menos protegidos na sociedade, ao acentuar a desigualdade económica e social profunda, e a inadequação dos actuais sistemas de protecção social e de saúde em várias partes do Mundo (Calixto e Carvalho, 2020).

Em fim, enquanto durou o estado de emergência, o sistema de protecção social, como peça central da política pública, para compensar as perdas e dificuldades dos mais pobres, enfrentou muitas dificuldades e destaque negativo devido a problemas conjunturais e funcionais causados pelas restrições orçamentárias, o que desenvolveu um cenário de não protecção social às pessoas necessitadas (Freitas, *et. al.*, 2021). Um estudo exploratório realizado por Boio, *et. al.*, (2020) nas províncias de Luanda, Huambo e Benguela concluiu que a nível do sistema de protecção social, os desempregados, trabalhadores do sector informal e famílias de baixa renda enfrentaram maiores dificuldades de sustento durante o estado de emergência, devido a permanente ausência de adopção de medidas de subsistência e falta de foco na promoção de melhorias sociais a maioria dos grupos vulneráveis afectados pela pandemia.

b) No que toca à liberdade de circulação, como estipulado no artigo 13.º, toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país (DUDH, 1948). Mas devido a pandemia, quer no plano internacional quer interno, a liberdade de circulação das pessoas foi severamente limitada devido a imposição de deveres gerais de recolhimento domiciliário, de deveres especiais de protecção (para pessoas consideradas de ‘alto risco’) ou de medidas específicas de distanciamento ou afastamento social. (Figueiredo, 2023).

Neste sentido, a imposição do estado de emergência e essencialmente o isolamento social e a quarentena restringiram o direito à liberdade de circulação. Em alguns países, as medidas tomadas foram excessivamente desproporcionais e desumanas, como no caso de Angola, que desde a declaração do estado de emergência, as forças de segurança recorreram à força excessiva, desproporcionada, abusiva e até letal, em várias províncias, para lidar com infracções às medidas de prevenção. Nas palavras do Ministro do Interior, Eugénio César Laborinho, numa conferência de imprensa sobre o comportamento da polícia: “A polícia não está no terreno para servir rebuçados, nem para dar chocolates. Vai actuar conforme o comportamento de cada cidadão ou de cada aglomerado”. Com base nesses fundamentos a Amnistia Internacional e a ONG - OMUNGA, consideraram tais pronunciamentos como reforço das acções repressivas (DW, 2020; Amnistia Internacional, 2020)

c) No que se refere às liberdades de expressão e de informação, nos termos do artigo 19.º, todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão (DUDH, 1948).

Em vista disso, essas liberdades se tornaram nos mecanismos que permitiram lidar com a situação de pandemia, pois foi preciso estar cada vez mais actualizado com as informações sobre o COVID-19, conhecer e seguir as recomendações de prevenção ao vírus, e acima de tudo expor ideias optimista apesar da situação, para evitar pânicos e não propagar notícias falsas (Damião, 2020). Não obstante se afirmem como instrumentos essenciais para a promoção da literacia em saúde e para a efectivação do escrutíniodemocrático das medidas adoptadas para prevenir e combater o COVID-19, estas mesmas liberdades contribuíram para a circulação de conteúdos ‘desinformativos’ a uma escala sem precedentes, bem como para a propagação de discursos promotores da intolerância e do ódio face a certas pessoas e grupos. (Figueiredo, 2023).

Contudo, a pandemia abriu caminho para a redução da liberdade de expressão e informação e à imposição do silêncio a vários profissionais, como o caso dos médicos, e também à repressão da crítica ao governo ou de activismo cívico, a par da atribuição de poderes acrescidos a entidades diversas para facilitar a detenção, acusação e punição de cidadãos ou instituições que, no exercício dos Direitos Humanos, contrariassem as normas do estado de emergência (Neves, 2021). Neste sentido, o relatório do Observatório dos Direitos Humanos apontou que houve por um lado, uma comunicação aberta e transparente acerca do COVID-19 em países como Itália, Singapura, Taiwan e Coreia do Sul, e por outro lado, aconteceram várias violações às liberdades de expressão e de informação em países como China, Irão e Tailândia devido a detenção de pessoas que falavam acerca da propagação do vírus nas redes sociais, as acções de represália aos jornalistas e sanções disciplinares contra os profissionais de saúde que falavam sobre má gestão e carência de meios básicos para o combate ao vírus (HRW, 2020).

d) Relativamente à Liberdade de Consciência, de Religião e de Culto, tal como estipulado no artigo 18.º, toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos rituais (DUDH, 1948).

Pode-se dizer que, em situação de pandemia, a liberdade de religião e de culto ficou comprometida devido a adopção de medidas de limitação ou proibição de realização de celebrações de cariz religioso e de outros eventos de culto que implicassem a aglomeração de pessoas (Figueiredo, 2023). Entende-se que a adopção destas medidas de restrição impediram o exercício do direito à liberdade de consciência, de religião e de culto porque a propagação do vírus obrigou as pessoas a ficar em casa e evitar os ajuntamentos de pessoas, neste contexto, não se podia efectuar celebrações religiosas por ser uma das medidas de prevenção.

e) Ao nível das questões de igualdades e a justiça social, conforme o artigo 7.º, todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação (DUDH, 1948). Mas, a prevalência da pandemia do COVID-19 agravou a questão das desigualdades sociais, devido a existência de muitas pessoas sem o mínimo de condições básicas de sobrevivência, faltando-lhes até, a alimentação, higiene e saneamento básico, meios de biossegurança, bens e serviços básicos, o que chegou a comprometer o modo de vida dessas pessoas, na relação com as demais que se encontravam nos mesmos espaços territoriais ou em áreas habitacionais diferentes, muitas vezes, marcados pelas estruturas hierárquicas de poder e de dominação (Muondo e Oliveira, 2021).

Porém, com as ameaças impostas pelo COVID-19 as questões de igualdades e a justiça social foram totalmente abaladas por ter afectado de maneira diferente os diversos grupos sociais existentes. As vulnerabilidades decorrentes da ausência de condições dignas de moradia e da instabilidade financeira de distintos países impactaram o risco de infecção, criando um cenário em que moradores de rua, refugiados, migrantes e presos não tivessem seus direitos à saúde e à vida salvaguardados. Contudo, as questões de desigualdades e injustiça social ficaram caracterizadas pela marginalização e estigmatização, a ausência de políticas públicas para aliviar a situação dos grupos vulneráveis e sem atenção adicional na resposta ao COVID-19 e isto se tornou grande obstáculo à construção de uma sociedade justa, igualitária e democrática (OMS, 2020; Calixto e Carvalho, 2020).

3. SAÚDE MENTAL NO CONTEXTO DO COVID-19

De acordo com a Organização Mundial da Saúde – (OMS), a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Por conseguinte, a saúde afigura um dos principais componentes que integram o conceito de bem-estar incluindo o desenvolvimento humano, vida saudável e a superação das violações aos direitos humanos.

Sobre este aspecto, a saúde mental significa um *socius* saudável; ela inclui emprego, satisfação no trabalho, vida quotidiana significativa, participação social, lazer, qualidade das redes sociais, equidade, acima de tudo, qualidade de vida (Almeida Filho, *et. al.*, 1999). Desse modo, o COVID-19 obrigou a humanidade a repensar seus próprios hábitos e rotinas diárias, uma vez que o vírus não afectou somente a área da saúde, tendo implicações directas no modelo social. Porém, seus nefastos efeitos, geraram sérios impactos na saúde mental como parte do direito à saúde da população, particularmente a respeito de certas pessoas e grupos em maior risco (CIDH, 2020).

Tabela 1 – Impactos do COVID-19 na saúde mental

Impactos positivos	Impactos negativos
Sentimentos de solidariedade, cooperação e da empatia para combater um vírus;	Sensação de incerteza e insegurança, modificações de humor, sintomas de estresse, depressão ou ansiedade;
Valorização do convívio familiar e cooperação nos relacionamentos interpessoais, bem como o respeito a certas pessoas ou grupos em risco;	O aumento da taxa de dependência à internet e jogos de azar electrónicos e disseminação de <i>fake news</i> ;
Aplicação conjunta das medidas de prevenção e o fortalecimento dos laços afectivos, cívicos e sociais;	A falta de conhecimento da natureza do Covid-19 – o seu padrão de transmissão e duração;
O grande apoio integral à saúde e, naturalmente, a manutenção da vida das populações;	A violação dos direitos humanos e fundamentais através da obtenção do lucro sobre a vida humana;
Maiores investimentos no sector da saúde e investigação científica a nível nacional e internacional;	Diminuição da renda familiar devido ao desemprego fruto das medidas de quarentena global e nacional;
Melhor promoção e respeito aos direitos humanos e reflexão em torno dos hábitos da própria humanidade.	A redução no acesso a serviços sociais essenciais e o aumento do custo de bens básicos e biossegurança.

Fonte: Elaboração própria, 2023

Na tabela acima expõe-se alguns impactos que o COVID-19 causou ao mundo conforme a bibliografia consultada. A pandemia afectou agressivamente à saúde não só física, mas também mental, um dos pontos positivos para a saúde mental foi o momento de solidariedade, cooperação, protecção social e a empatia que serviram como principais mecanismos para prevenção e combater ao vírus assim como atenuar os seus efeitos na vida das populações.

Conforme a literatura, observa-se que a problemática sobre os impactos da pandemia na saúde mental viu-se minimizada com o surgimento de actos de solidariedade, promovidas por organizações da sociedade civil, indivíduos particulares e complementadas por entidades governamentais, que apoiavam com bens de necessidades básicas. Logo, a maior lição que se retirou da pandemia foi a de que a chave para a saúde mental encontra-se justamente na capacidade das pessoas se ajustarem às transformações sociais, políticas e económicas (Almeida Filho, *et. al.*, 1999; Damião, 2020; Sturza e Tonel, 2020; Muondo e Oliveira, 2021).

Considerando que, todas as pessoas encontravam-se expostas a toda situação desagradável que a pandemia originou ao mundo. As medidas de quarentena global e nacional diminuíram significativamente o rendimento e os activos ao nível familiar, e o aumento do custo de bens básicos e dos meios de biossegurança, (como máscaras, sabão e desinfectante), e a redução no acesso a serviços sociais essenciais (ONU, 2020).

Assim sendo, estes episódios facilitaram a iminência de sentimentos de incerteza e insegurança proveniente do contexto da pandemia, assim a estrutura familiar ficou extremamente abalada e gerou riscos à saúde mental. Nesse sentido, a vivência de dificuldades e estresse piorou os quadros de ansiedade, depressão, alterações de humor e sintomas de estresse pós-traumático (Da-Mata, *et. al.*, 2020).

Sobre este assunto, a pandemia trouxe um impacto negativo à saúde mental devido ao aumento da taxa de dependência à internet, apostas desportivas online e jogos de azar electrónicos entre as crianças, jovens e adultos (Giannopoulou e Tsohanoglou, 2020). Portanto, a desinformação, alegações duvidosas e rumores nas redes sociais, (como as falsas informações e disseminação de *fake news*) destacam-se como alguns dos efeitos colaterais sociais e culturais que acompanharam o período devastador da pandemia e também tiveram impacto negativo e espalharam o medo entre o público em geral (Sturza e Tonel, 2020; Joaquim, *et. al.*, 2020).

Em suma, devido a propagação do COVID-19 e conseqüentemente imposição das medidas como quarentenas, distanciamento social, interrupção das aulas e encerramento de empresas, bem como as limitações no uso de transporte e espaço público, registou-se: a) fortes desigualdades em termos de protecção social, económica e no acesso aos cuidados de saúde; b) o enfraquecimento do sistema de saúde mundial por conta da desvalorização de outras doenças que necessitavam de investimentos e acompanhamentos hospitalares; c) o aumento das situações de mal-estar mental, discriminação, abuso físico e psicológico durante a pandemia; e, e) os enormes desafios aos Direitos Humanos sentidos ao nível da saúde mental e dos Direitos Humanos, sobretudo, do direito de livre acesso e circulação, às liberdades de expressão e de informação, à liberdade de consciência, de religião e de culto, bem como direito à protecção social, igualdade e a justiça social, do direito de acompanhamento e de visita.

REFERÊNCIAS

AMNISTIA INTERNACIONAL, (2020). COVID-19, em Angola: uso excessivo da força pela polícia. Disponível em: <<https://www.amnistia.pt/covid19-angola/>>.

BOIO, D., PACATOLO, C., & MBANGULA, K. (2020). Estudo de avaliação dos impactos socio-económicos das medidas do executivo angolano para o combate à COVID19: Relatório final. Consórcio de Investigação Científica OVILOGWA e Instituto Superior Politécnico Sol Nascente, 8, 19.

BORGES, A. M. R. (2006). Direitos humanos: conceitos e preconceitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano, 11, 1-9.

DA MATA, I. R. S., DIAS, L. S. C., SALDANHA, C. T., & DE ALMEIDA PICANÇO, M. R. (2020). As implicações da pandemia da COVID-19 na saúde mental e no comportamento das crianças. *ResidPediatr*, Rio de Janeiro, v. 0, (377), 1-14.

208 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

DALLARI, D. (2001). **Direitos Humanos: histórico, conceito e classificação**. Acesso ao Tema da Cidadania, São Paulo.

DAMIÃO, D. B. (2020). **Impacto psicológico do coronavírus para os luandenses**. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/impacto-psicologico-do-coronavirus-para-os-luandenses/165431>>.

DE ALMEIDA FILHO, N., COELHO, M. T. Á., & PERES, M. F. T. (1999). O conceito de saúde mental. **Revista Usp**, (43), 100-125.

Decreto Legislativo Presidencial Provisório n.º 1/20 de 18 de Março de 2020. Diário da República - Órgão Oficial da República de Angola: I Série – N.º 31.

Deutsche Welle [DW] (2020). **Polícia angolana mata mais que o coronavírus?** Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/pol%C3%ADcia-angolana-mata-mais-que-o-coronav%C3%ADrus/a-53495843>>.

FIGUEIREDO, E. A. S. (2023). **O Impacto das Medidas de COVID-19 nos Direitos Humanos**. Projecto TikTak – Human Rights on Hold; Fundação Calouste Gulbenkian e Fundação Bissaya Barreto. Disponível em: <https://www.fecong.org/wp-content/uploads/2023/05/Covid_DH_Sumario.pdf>.

FREITAS, F. S., STANCHI, M., & PIMENTEL, A. (2021). **Desigualdades, direitos e pandemias**. Brasil: Observatório de Direitos Humanos Crise Covid-19.

GIANOPOULOU, I. e TSOBANOGLOU, G. O. (2020). COVID-19 pandemic: challenges and opportunities for the Greek health care system. **Cambridge University Press**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017%2Fipm.2020.35>>.

HUMAN RIGHTS WATCH [HRW]. (2020). **Dimensões de direitos humanos na resposta à COVID-19**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339866>>.

HUMANOS, C. I. D. (2020). **Pandemia e direitos humanos nas Américas**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>.

JANK-CALIXTO, A., & CARVALHO, L. C. D. (2020). Direitos humanos em tempos de crise: os reflexos do coronavírus no *compliance* estatal com a sistemática internacional. **Opinião Jurídica**, 19(SPE40), 441-464. Disponível em: <<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a21>>.

JOAQUIM, Y. B., JONES, P., ZYBERI, G. & ANDREASSEN, B. A. (2020). **Covid-19: Compromissos de direitos humanos, desafios e respostas políticas**. Projecto de Direitos Humanos de Angola 2018-2021. Disponível em: <<https://direitoshumanosangola.org/wp-content/uploads/2020/11/Covid-19-e-Direitos-Humanos.pdf>>.

MUONDO, D. L., & OLIVEIRA, C. A. H. D. S. (2021). As novas reformas governativas em tempo de COVID-19 em Angola no atual contexto político e social e o enfrentamento das desigualdades sociais. **Revista Katálysis**, 24, 66-75.

NEVES, M. D. C. P. (2021). Os desafios da COVID-19 aos Direitos Humanos. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, 10(3), 66-82.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS [ONU] (2020). **Impacto Socioeconómico da Pandemia da COVID-19 em Angola: Uma Análise Sintética**. <<https://www.undp.org/pt/angola/publications/impacto-socioecon%C3%B3mico-da-pandemia-covid-19-em-angola-uma-an%C3%A1lise-sint%C3%A9tica>>.

SIMÕES, C. (2021). A gestão da pandemia SARS-CoV-2 em Angola. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, 10(2), 277-285.

STURZA, J. M., & TONEL, R. (2020). Os desafios impostos pela pandemia COVID-19: das medidas de proteção do direito à saúde aos impactos na saúde mental. **Revista Opinião Jurídica**, 18(29), 1-27.

PARTE II

COVID-19 E DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES

DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE EMERGÊNCIA

Sezinho Muachana

DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FACE AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE EMERGÊNCIA

*Sezinho Muachana*¹
muachana91@gmail.com

INTRODUÇÃO

O estudo subordina-se ao tema dos requisitos para a aplicação da prisão preventiva face aos direitos humanos e fundamentais no Estado de Emergência. No ordenamento jurídico moçambicano, a prisão preventiva corresponde a uma medida de coação aplicada ao arguido de modo a privá-lo da sua liberdade de circulação que pode durar até ao trânsito em julgado da sua sentença. Para a aplicação da prisão preventiva a lei processual penal exige determinados requisitos constantes dos Artigos 243º e 245 do Código de Processo Penal aprovado pela Lei nº 25/2019 de 26 de Dezembro, pela conjugação dos referidos dispositivos podemos extrair os seguintes requisitos:

- a) Existirem fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão superior a 2 anos;
- b) Tratar-se de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão;
- c) Fuga ou perigo de fuga;
- d) Perigo de perturbação do decurso da instrução ou da audiência preliminar do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou
- e) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa.

¹ Advogado Profissional e Docente Universitário - Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique.

O n° 2 do Artigo 234º do Código do Processo Penal moçambicano, em vigor e recentemente aprovado, nos manda aplicar a Prisão Preventiva quando se revelarem manifesta e fundamentamente inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação. Pese embora tenhamos os requisitos da Prisão Preventiva no âmbito do Código do Processo Penal a mesma vai limitar um Direito Humano e Fundamental do Cidadão, o Direito à Liberdade de Residência e de Circulação, nos termos do preceituado no Artigo 55º da CRM (Constituição da República de Moçambique). O Direito à Liberdade de Residência e Circulação vai condicionar o exercício de tantos outros direitos humanos e fundamentais dos cidadãos, podendo colocar em causa a dignidade da própria pessoa humana, por isso, a limitação desse direito deve ser efectuada de forma adequada e necessária uma vez trazer consigo como corolário outras situações inerentes a essa privação da liberdade, sejam elas económicas, sociais, civis, políticas ou quaisquer outras aplicáveis.

É preciso também não nos esquecermos do princípio da presunção de inocência em Processo penal que encontra sustentação legal no n° 2 do Artigo 59º da CRM, segundo o qual, os arguidos gozam de Presunção de Inocência até à Decisão Judicial Definitiva. Desta feita questionamos: tomando em conta os direitos humanos e fundamentais, a realidade social e económica em virtude da decretação do estado de emergência ou situação de calamidade pública, bem como ao princípio da presunção de inocência, justifica-se a inclusão como requisito para a aplicação da prisão preventiva a análise casuística da proporcionalidade dos prejuízos que possam advir pela aplicação ou não dessa medida?

O tema é actual e relevante uma vez tratar da limitação de um Direito Fundamental e Humano que é o Direito à Liberdade e à Circulação e, em bom rigor, por se entender que a limitação desse direito por si vai implicar, por consequência, o não exercício de tantos outros direitos, sejam eles o Direito ao Trabalho, a uma Remuneração Digna, e tanto outros, que podem colocar em causa a dignidade do próprio preso preventivamente sendo, por isso, que a aplicação dessa medida coativa deve ser com toda a cautela necessária.

Como Objectivo Geral, o estudo visa analisar os requisitos para a aplicação da prisão preventiva face aos direitos humanos e fundamentais no Estado de Emergência e nas situações de Calamidade Pública, no ordenamento jurídico moçambicano. De modo a materializar o objectivo geral, temos os seguintes objectivos específicos: a) Debater os aspectos dos Direitos Fundamentais e Humanos; b) Discutir a respeito da Detenção e da Prisão Preventiva; c) Debater a respeito das implicações da Prisão Preventiva no Estado de Emergência.

A Pesquisa é Qualitativa com mais destaque no Método Hermenêutico e Sistemático, e, como Técnicas de Recolha de Dados destaca-se a Observação Indirecta. Como estrutura do presente artigo nos propusemos a discutir os seguintes aspectos: temos a introdução onde fazemos menção aos aspectos introdutórios, no primeiro ponto reservamos a discutir aspectos ligados aos direitos humanos e fundamentais, no segundo ponto nos propusemos a discutir alguns aspectos relevantes ligados à detenção e prisão preventiva do arguido, e por fim temos as considerações finais do estudo.

1. DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Tomando em consideração ao que se pretende abordar, o ponto de partida vai cingir-se no conceito de direitos fundamentais, o que vão ser os direitos fundamentais dos cidadãos? Por outra, face ao conceito de direitos fundamentais, imperioso se torna percebermos a respeito dos direitos humanos. Desta feita, de modo a se enunciar a respeito dos direitos fundamentais e humanos seria de privilegiar a abordagem a respeito dos direitos do homem que correspondem ou se traduzem a *todos os direitos do homem só pelo facto de ser homem e como tal são comuns a todos homens*. Na verdade, são direitos inatos que existem porque são intrínsecos à natureza humana.

Com a noção ou conceito de Direitos do Homem acima referenciada, podemos evidentemente nos questionar se os Direitos do Homem vão corresponder aos Direitos Fundamentais, ou então se os Direitos do Homem vão corresponder aos Direitos Humanos?

GOUVEIA (2015, p.297). define os Direitos Fundamentais considerando que são as posições Jurídicas activas das pessoas integradas no Estado-sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-poder, positivadas na constituição.

São três os elementos constitutivos dos Direitos Fundamentais: um elemento subjectivo que se traduz na existência de pessoas integradas no Estado-Sociedade, os titulares dos direitos, que podem ser exercícios em contraponto ao estado-poder; um elemento objectivo que se traduz na cobertura de um conjunto de vantagens inerentes aos objectos e aos conteúdos protegidos por cada direito fundamental; um elemento formal que se traduz na consagração dessas posições de vantagem ao nível da constituição, o escalão supremo do ordenamento jurídico (GOUVEIA, 2015, p.298).

Do exposto, podemos de forma cristalina afirmar que os Direitos fundamentais vão corresponder às liberdades individuais frente ao Estado, sendo eles direitos internos, positivados pelo Estado. Pode-se, por isso, compreender a contraposição dos direitos do homem face aos direitos fundamentais, o que dizer a respeito dos direitos do homem face aos direitos humanos? Nessa ordem de ideias, num sentido geral, os Direitos Humanos constituem o núcleo de direitos que protegem a Vida e a Dignidade

da Pessoa Humana, são direitos inerentes à pessoa humana, visando a protecção da sua Dignidade, por isso que são comumente considerados direitos inalienáveis e Universais (MANFRED, 2020, p.1). Em fim, a expressão direitos humanos é usada para designar um amplo conjunto de direitos essenciais para a dignidade da pessoa humana (VARIMELO, 2016).

Em bom rigor, os Direitos Humanos vão corresponder aos Direitos Fundamentais, positivados e elevados ao plano internacional. No Ordenamento Jurídico Moçambicano, Regra Geral, a fonte normativa dos direitos fundamentais vai ser a Constituição da República de Moçambique (CRM), mas, este facto, não implica que há uma limitação de comunicação dos direitos fundamentais com outros estratos do Sistema Jurídico. O texto constitucional vai aceitar a contribuição de outros planos do ordenamento jurídico, neste caso as leis ordinárias e as fontes internacionais, estando-se desta forma num mecanismo de abertura dos Direitos Fundamentais que são positivados na constituição a outros níveis, os quais podem ser relevantes no aparecimento de novas posições jurídicas com a mesma importância, ou até para completarem determinada configuração constitucional já alcançada por certo direito fundamental (GOUVEIA, 2015, p.313).

A abertura dos Direitos Fundamentais podem assumir duas funções: a de *integração* que se traduz na possibilidade de chegarem ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim se logrando obter o seu reconhecimento; pode assumir a função de *aperfeiçoamento* que se traduz na possibilidade de outras fontes poderem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas (GOUVEIA, 2015, p.314).

Tomando em consideração as posições do Professor acima citado, somos de concordar com os posicionamentos do mesmo na medida em que a Constituição Moçambicana de forma expressa estabelece que os direitos fundamentais consagrados na mesma, não excluem quaisquer outros direitos constantes das leis, e, na sua interpretação e integração, deve ser sempre em harmonia com a declaração universal dos direitos do homem e a carta africana dos direitos do homem e dos povos é o que se pode retirar dos artigos 42 e 43 da Constituição da República de Moçambique (MOÇAMBIQUE, 2004).

Foi nesta senda que percorremos além da Constituição, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos na medida em que, nesses Diplomas e nos aspectos atinentes à Prisão, no geral, e em particular à Prisão Preventiva dos Arguidos, não se faz menção da Proporcionalidade na aplicação dessa medida. Limita-se a dizer que a Privação da Liberdade das pessoas

só pode ser feita de acordo com a Lei, não se admitindo prisões arbitrárias, e por consequência, as Leis que esses Diplomas nos remetem, também não fazem menção da Proporcionalidade na aplicação da Prisão Preventiva dos arguidos.

2. DA DETENÇÃO E PRISÃO PREVENTIVA DO ARGUIDO

A detenção do Arguido traduz-se na sua privação da Liberdade antes da Prisão Preventiva, com finalidades específicas previstas no Artigo 297º do C.P. Penal Moçambicano. A detenção pode ser efectuada em Flagrante Delito e fora de Flagrante Delito nos termos do previsto nos Artigos 298º, 299º e 300º todos do C.P. Penal Moçambicano (MOÇAMBIQUE, 2019).

A Detenção em Flagrante Delito, Regra geral, ocorre nos crimes puníveis com Prisão que tenham Natureza Pública, se for nos crimes semi-públicos, necessário se torna que seja imediatamente levantado o Auto no qual a queixa se encontra registada conforme se exige no Artigo 298º do C.P. Penal Moçambicano. Nos crimes particulares, não há a possibilidade de detenção em Flagrante Delito. Apenas há a identificação do Arguido conforme se pode retirar do n.º 4 do artigo 298º do C.P. Penal Moçambicano (MOÇAMBIQUE, 2019).

Tomando por base os Artigos 242º, 300º e 301º todos do C.P. Penal Moçambicano, pode-se constatar que a *Detenção Fora do Flagrante Delito* só pode ser efectuada pelo Juíz nos crimes em que se admitir Prisão Preventiva desde que se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) houver fortes indícios de prática de Crime Doloso punível com Pena de Prisão superior a 2 anos;
- b) se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em Território Nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de Extradicação ou de Expulsão;
- c) existirem elementos que tornem fundado o receio de Fuga.

Não menos importante são os Prazos de Detenção do Arguido que, segundo o Artigo 297º do C.P. Penal Moçambicano, o Prazo Máximo da Detenção não pode exceder quarenta e oito horas (48 horas). Tomando em consideração os Prazos de Detenção, a consideramos uma medida precária de Curta Duração que, com a aplicação da mesma, não colocaria em causa os Direitos Humanos e Fundamentais ligados à problemática que se levanta, atinente aos prejuízos por decorrência da Privação da Liberdade do Arguido o que eventualmente pode não acontecer com a aplicação da Prisão Preventiva do Arguido (MOÇAMBIQUE, 2019).

Por sua vez, a Prisão Preventiva do Arguido vai corresponder a Privação da Liberdade do mesmo como medida cautelar de Coação Aplicada, que pode durar até ao Trânsito em Julgado da Sentença Condenatória. Os requisitos específicos da Prisão Preventiva estão perfilados no Artigo 243º do C.P. Penal Moçambicano e os Requisitos Gerais encontramos perfilados no Artigo 245º do mesmo Código. Da triangulação desses Dispositivos se podem retirar os seguintes requisitos da Prisão Preventiva:

- a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão superior a 2 anos;
- b) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em Território Nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de Extradicação ou de Expulsão;
- c) Fuga ou Perigo de Fuga;
- d) Perigo de perturbação do decurso da Instrução ou da Audiência preliminar do processo e, nomeadamente, Perigo para a Aquisição, Conservação ou Veracidade da Prova; ou
- e) Perigo, em Razão da Natureza e das Circunstâncias do Crime ou da Personalidade do Arguido, de Perturbação da Ordem e da Tranquilidade Públicas ou de continuação da actividade criminosa.

Como se pode ver na descrição acima, dos requisitos feitos menção não se denotam aspectos atinentes aos prejuízos que o arguido possa sofrer em função da aplicação da prisão preventiva como medida de coação, ou seja, não se podem retirar nos requisitos para a aplicação dos preventivos pressupostos ligados a proporcionalidade entre manter o arguido em prisão versus mantê-lo em liberdade.

Aspecto de extrema importância a se ter em conta está ligado aos Prazos da Prisão Preventiva encontramos previstos no artigo 256º do C.P. Penal Moçambicano, que devem ser contados tendo sempre em atenção a Medida Cautelar de Detenção sofrida pelo Arguido, e, tomando por base o referido dispositivo legal, podemos ter os seguintes Prazos da Prisão Preventiva:

- 4 meses desde o seu início, sem que tenha sido deduzida Acusação;
- 4 meses depois da Notificação da Acusação, sem que, havendo lugar à Audiência Preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia.

Os prazos referidos acima podem ser elevados, respectivamente, até 6 e 10 meses, em caso de Terrorismo, Criminalidade Violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com Pena de Prisão de máximo superior a 8 anos. Os

mesmos prazos podem ser elevados, respectivamente, para 12 e 16 meses, quando o procedimento for por Crimes de Terrorismo, Criminalidade Violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com Pena de Prisão de máximo superior a 8 anos desde que se revelem de excepcional complexidade, relativamente à qualidade dos ofendidos ou pelo carácter altamente organizado do crime (MOÇAMBIQUE, 2019).

Tomando em consideração os n.ºs 5 e 6 do artigo 256 do C.P. Penal Moçambicano nos dá entender que os prazos de prisão preventiva no ordenamento jurídico moçambicano podem durar até a fase do recurso da sentença proferida em desfavor do arguido em primeira instância fazendo com que os mesmos prazos sejam longos e de certa forma sem previsão concreta de sua duração (MOÇAMBIQUE, 2019).

Conforme se pode notar acima, dúvidas não pairam que os prazos de prisão preventiva são demasiados longos, e tomando em consideração o Princípio da Presunção de Inocência, acrescido ao facto de a aplicação da Prisão Preventiva resultarem prejuízos ao Arguido, pode se justificar a referência como requisito da aplicação da prisão preventiva, a proporcionalidade em relação aos prejuízos que o arguido possa sofrer uma vez não se estar perante uma decisão definitiva ou condenação definitiva do arguido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação aos Direitos Fundamentais correspondem a direitos elevados no plano da Constituição da República de Moçambique e a sua consagração obedece a um processo interno, ao passo que os Direitos Humanos vão corresponder aos direitos elevados a essa categoria num plano internacional, obedecendo um processo atinente às normas do Direito Internacional Público que vão ter o mesmo valor jurídico dos actos normativos infraconstitucionais emanados pela Assembleia da República e pelo Governo conforme se pode retirar do Artigo 18 da Constituição da República Moçambicana, e os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a declaração universal dos direitos do homem e a carta africana dos direitos do homem e dos povos de acordo com Artigo 43 Constituição da República Moçambicana.

A Prisão Preventiva vai corresponder a medida de coação que vai limitar um direito fundamental e humano dos cidadãos «o Direito à Circulação» conforme se retira do n.º2 do Artigo 55º da Constituição da República de Moçambique e no Artigo 13º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo uma medida que limita um direito fundamental e humano antes da sua aplicação se deve a todo custo tomar por consciência que a mesma só deve ser aplicada em *último ratio* uma vez que coloca em

218 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

causa o exercício de tantos outros direitos fundamentais e humanos do arguido acrescido ao facto do mesmo gozar de presunção de inocência até decisão judicial definitiva nos termos do previsto no nº2 do Artigo 59º da Constituição Moçambicana e no Artigo 11º da declaração universal dos direitos humanos.

Verdade é que tanto a Constituição da República de Moçambique, o Código do Processo Penal Moçambicano bem como a Declaração Universal dos direitos humanos faz referência à possibilidade de aplicação da Prisão Preventiva aos arguidos desde que se obedeçam determinados requisitos constantes nos referidos diplomas, no entanto, não se retira como requisito a «proporcionalidade» dos prejuízos que possam advir entre a aplicação da medida e manter o arguido em liberdade.

Tomando em consideração os prazos da prisão preventiva previstos no Artigo 256º do C.P. Penal Moçambicano os mesmos podem durar até à fase do Recurso da Sentença proferida em desfavor do arguido em primeira instância fazendo com que se tornem demasiados longos tornando-se injustificáveis perante ao princípio da presunção de inocência do arguido além de se criarem prejuízos ao mesmo uma vez não se estar perante uma decisão definitiva ou condenação definitiva. Ademais, pela situação trazida pela COVID-19 que resultou na decretação do Estado de Emergência bem como a situação de calamidade pública veio agravar a situação económica dos cidadãos por isso, pela aplicação da prisão preventiva aos arguidos no estado de emergência ou na situação de calamidade pública, vão advir várias implicações, sejam elas económicas, sociais, políticas ou quaisquer outras, que podem colocar em causa vários outros direitos fundamentais e humanos do mesmo.

Em nome dos Direitos Humanos e Fundamentais, acrescidos às consequências económicas e sociais trazidas pela decretação do estado de emergência ou situação de calamidade pública, bem como ao princípio da presunção de inocência justifica-se a inclusão da proporcionalidade como um dos requisitos para aplicação ou não da prisão preventiva aos arguidos no ordenamento jurídico Moçambicano.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Melo, et al. **Os Direitos humanos em África**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CUNA, Ribeiro José. **Licções de direito Processual Penal**. Maputo: Escolar Editora, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime**. Coimbra: Coimbra, 2005.

DUDH-**Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.cndh.org.mz/images/social/Declarao_Universal_dos_direitos_humanos.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2021.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Volume I. 5. ed. Lisboa, 2014.

_____. Jorge Bacelar. **Direito Constitucional Moçambicano**. Lisboa, 2015.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra, 2015.

MANFRED, Nowak. **Introduction to the international human Rights**. Martinus Nijhoff Publishers, 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. Direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra, 1993.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, **Constituição da República de Moçambique**, Boletim da República, I SÉRIE Número 51, de 22 de dezembro de 2004, Atualizada pela Lei 1/2018 de 12 de junho.

_____. **Lei n.º 24/2019 de 24 de dezembro**, que aprova o Código Penal Moçambicano, in Boletim da República, I Série n.º 248 de 24 de dezembro.

_____. **Lei n.º 25/2019 de 24 de dezembro**, que aprova o Código do Processo Penal Moçambicano, in Boletim da República, I Série n.º 248 de 24 de dezembro.

_____. **Lei n.º 18/2020 de 23 de dezembro**, que introduz alterações ao Código do Processo Penal Moçambicano, in Boletim da República, I Série n.º 246 de 23 de dezembro.

VARIMELO, Arquimedes Joaquim et all. **Licções de Direitos humanos**. Associação centro de direitos humanos. Maputo.2013.

LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE PRISIONAL:

um alerta necessário em tempos
de pandemia

*José Flávio Ferrari Roehrig
Patrick Cacicedo*

LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE PRISIONAL: um alerta necessário em tempos de pandemia

*José Flávio Ferrari Roehrig¹
Patrick Cacicedo²*

INTRODUÇÃO

As prisões constituem um ambiente de marcantes violações de direitos humanos em todo o mundo. Nos países do Sul Global é possível dizer que as prisões são locais de constante desumanização, com violação dos direitos humanos mais elementares, uma verdadeira barbárie humanitária. Superlotação, insalubridade, violência, morte e ausência do atendimento das necessidades humanas mais básicas são atributos que a singularizam como mecanismo de imposição de sofrimento ao ser humano. A crise acompanha a prisão desde sua origem e se agrava na medida em que seu principal problema, a superlotação, aumenta.

Não bastasse ser um gravíssimo problema por si só, a superlotação agrava os demais. O ambiente tem menos espaço, não há local para dormir, as vagas para trabalho e estudo ficam ainda mais insuficientes, a claustrofobia aumenta, o ar circula menos na cela, as doenças se proliferam com maior facilidade e velocidade. A deterioração da vida na prisão é, portanto, acentuada com o ambiente superlotado. Se nem todos os problemas decorrem da superlotação, é possível dizer que todos eles são acentuados e a desumanização do ambiente é sua consequência real.

Em meio a esse cenário de catástrofe humanitária irrompe uma pandemia de consequências desastrosas e que tem no cárcere um ambiente de enorme desafio. A forma de transmissão da Covid-19 aliada à necessidade de distanciamento social, de salubridade do local e de assistência básica à saúde das pessoas tornam a prisão um fator de ainda maior risco à vida das pessoas do que normalmente já representa. A

¹ Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Bacharel em Direito pela PUC/PR. Assessor de Juiz de Direito de 1º Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

² Mestre, Doutor e Pós-doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Defensor Público do Estado de São Paulo.

Covid-19 encontra no ambiente prisional um terreno de avanço e destruição de vidas, sobretudo em virtude da superlotação do ambiente e suas deficiências estruturais.

A pandemia do coronavírus exacerbou o colapso do sistema prisional tanto no Brasil quanto em boa parte do mundo. O contexto contemporâneo de crise epidemiológica reflete a desumanidade das prisões do país, ampliando a situação de mortalidade e exposição ao risco de morte da população prisional e dos funcionários penitenciários. A conjuntura atual atinge não só os direitos individuais, como vida e integridade física, mas também os direitos sociais, como o direito social à saúde.

A crise sanitária nos revela uma vez mais que os direitos fundamentais, notadamente a saúde e a vida, são incompatíveis com índices de superlotação atualmente existentes, de maneira que a agenda de efetivação de direitos humanos da população prisional passa necessariamente pelo combate prioritário e urgente do excesso de pessoas nas prisões. Nesse sentido, ganha força o debate acerca do princípio *numerus clausus*, também denominado número fechado, *numero chiuso* ou capacidade taxativa, segundo o qual a lotação das unidades prisionais deverá limitar-se a um número determinado, não podendo, em nenhuma hipótese, ser extrapolado.

Desse modo, este trabalho, a partir da análise histórica das práticas que trouxeram o cenário prisional à atual conjuntura, adota visão crítica das posições, as sintetiza e finalmente exhibe uma possível solução para as muitas questões problemáticas do sistema prisional, associada à uma previsão de práticas decorrentes da adoção do *numerus clausus*.

1. NUMERUS CLAUSUS

Originalmente, “[o] *numerus clausus* consiste em definir uma capacidade teórica e, a partir desta, uma taxa máxima de ocupação das prisões”³ (BONNEMAISON, p. 25). Não se trata de uma política de aumento do número de vagas disponíveis, construindo ou reformando presídios, mas de princípio que busca reduzir a lotação carcerária. Pode parecer óbvio a ponto de dispensar defesa, porém, a superlotação carcerária não só está presente no cotidiano prisional, como é legitimada pelos próprios Poderes da República.

O princípio limitador originalmente foi pensado no sistema prisional por Gilbert Bonnemaïson, que em fevereiro 1989 encaminhou propostas voltadas à reforma penitenciária ao Ministro da Justiça francês, as quais denominou “La modernisation du service public pénitentiaire” (BONNEMAISON, p. 2). Dentre as muitas

³ Original: “Le numéris clausus consiste à définir une capacité théorique et, à partir de celle-ci, un taux d’occupation maximal des prisons”.

proposições havia a limitação do número de presos ao número de vagas, correspondendo uma prisão (entrada no sistema prisional) a uma saída (BONNEMAISON, p. 24/26 e 85). Entendia o ex-deputado do partido socialista francês, que essa saída deveria ser monitorada eletronicamente.

Não menos importante, desde logo esclareceu que a medida deveria ser tomada mediante um projeto progressivo, reduzindo-se a lotação das prisões ao longo do tempo. Para ele, três critérios deveriam ser observados: “a gravidade da infração, não podendo, em nenhuma hipótese, se estender aos criminosos habituais ou perigosos; registro criminal; a duração da prisão preventiva já sofrida” (BONNEMAISON, p. 26). Não ignorou, porém, a complexidade da escolha subjetiva da liberdade antecipada. Os mencionados critérios já foram pontualmente criticados por ROIG (2014, p. 105), os quais tomamos parte, dada a visão do prognóstico social.

No Brasil, Nilo Batista (1989, p. 11) foi quem trouxe a questão à lume formalmente ao explicar parte do projeto francês ainda no ano de 1989, e já o compreendia como audacioso, afinal, propusera uma resposta à lotação carcerária. Posteriormente chegou afirmar “[s]e fosse possível eleger um princípio para a execução penal, não hesitaríamos em mencionar o *numerus clausus*” (BATISTA, 2004, p. 92). Recentemente, na conferência de encerramento do 26º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), intitulada “A pandemia em tempos de cólera”, o professor Nilo Batista (2020, informação verbal) ressaltou a importância do princípio, o elencando como uma das 10 propostas para reformar o sistema penal brasileiro “interromper a construção de penitenciárias porque o número de presos é função do número de vagas”.

De forma mais detida, Rodrigo Roig (p.112) narrou a história do *numerus clausus* desde Bonnemaïson, descreveu o desenvolvimento argumentativo internacional e buscou aproximar a teoria à realidade nacional. De antemão trouxe a perspectiva de que, de princípio, em vez de uma entrada no sistema prisional corresponder a uma saída, o início da adesão ao programa deveria se dar de forma mais acentuada, de modo tal que uma entrada deveria corresponder a pelo menos duas saídas, considerando a lotação carcerária brasileira. E uma vez atingida a capacidade de lotação, uma saída para cada entrada no sistema penitenciário.

Preconiza, com efeito, três momentos de aplicação do princípio em questão. O primeiro, chamado de *numerus clausus preventivo* compreende a criação de uma espécie de fila de espera para o ingresso no sistema prisional, impedindo-se o agravamento do cenário atual, porém, substituindo a prisão institucional pela prisão domiciliar e considerando-se como pena cumprida o período (ROIG, p. 114).

O segundo momento, denominado *numerus clausus direto*, consistiria no deferimento de indulto ou prisão domiciliar àqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade (ROIG, p. 115/116). Justifica-se o indulto por se tratar de importante instituto para a contenção do superencarceramento, uma vez que é causa extintiva da punibilidade, e a prisão domiciliar, por sua vez, por reduzir diretamente a lotação institucional, vez que a substitui por prisão residencial.⁴

Um terceiro momento de aplicação do princípio diz respeito à harmonização com o sistema progressivo adotado pela legislação brasileira, assim denominado de *numerus clausus progressivo*, o qual opera sistematicamente em todos os níveis. Um preso migraria do regime fechado para o semiaberto após a progressão de regime, conduzindo obrigatoriamente à progressão outro detento que se encontra no regime semiaberto, que por sua vez influi a mesma saída antecipada àquele que cumpre pena em meio aberto (leia-se regime aberto, domiciliar e livramento condicional) (ROIG, p. 117/118).

Além desses momentos de aplicação do *numerus clausus*, propõe-se, ainda, a aplicação do princípio durante a fase de conhecimento, operando diretamente sobre as prisões processuais.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio do sistema BNMP (Banco Nacional de Mandados de Prisão) nos informa a prisão de 900 mil pessoas, das quais pelo menos 45% estão presas provisoriamente (ignorando-se as execuções provisórias que somam outros 21%)⁵. Nota-se, significativa parcela da superlotação estrutural e sistêmica decorre das excessivas prisões preventivas, justificando, desse modo, a aplicação do *numerus clausus* igualmente durante a fase de conhecimento.

É possível identificar ao menos dois estágios de aplicação do princípio durante a fase de conhecimento. O primeiro deles consistiria na fixação de um número determinado de prisões preventivas que um Juízo, durante a fase de conhecimento, poderia manter, levando-se em conta as proporções nacionais, em um número notavelmente inferior aos atuais 45%. Ao decretar-se nova prisão cautelar, deveria imediatamente conceder a liberdade a outro preso preventivamente, levando-se em conta os critérios previstos no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro, em especial os novos parâmetros inseridos no artigo 316 do mesmo diploma legal, que impõem a valoração da contemporaneidade e dos motivos determinantes da prisão.

E o segundo, igualmente decorrente da fixação de um número determinado de prisões preventivas por Juízo, consistente na substituição das prisões preventivas por

⁴ Em sentido similar é o que veio tratar o enunciado da Súmula Vinculante 56, que será abordada adiante.

⁵ Dados de 26/02/2021.

prisões domiciliares, evitando-se, assim, o encarceramento institucional. Nesse sentido, aponta Zaffaroni (p. 32):

Desse modo, ao não aumentar desnecessariamente a admissão de pessoas nos estabelecimentos prisionais e, paralelamente, reduzir proporcionalmente as penas dos já encarcerados, seria provocada uma redução gradativa da população carcerária, até se atingir, pela mera ação dos juízes, uma aproximação tolerável em relação à capacidade de cada estabelecimento.

Não há que se falar aqui em ativismo judicial em seu sentido crítico. Tal ativismo impera quando uma decisão judicial extrapola limites do ordenamento jurídico, mas o que há de mais ofensivo ao ordenamento jurídico é a ofensa à dignidade da pessoa humana e a manutenção de pessoas presas sem o mínimo existencial, de modo tal que “toda atividade encarceradora do judiciário é ativismo judicial, pois ignora a realidade do sistema prisional, encarcera como se a lei que prevê a prisão como método punitivo estivesse sendo cumprida” (VALOIS, p. 42).

Cumprido ressaltar que a aplicação do princípio *numerus clausus* não pode ser associada à construção de mais presídios ou vagas nas instituições (ROIG, p. 108), diante dos elevadíssimos custos para construção, expansão e manutenção (VALOIS, p. 37; NICOLLIT e NEVES, p. 263/265), e da manutenção do *status quo*, afinal, a proposta, para além da simples obediência ao espaço estrutural, busca o respeito a outros direitos igualmente devidos aos cidadãos presos que são ceifados a partir do aprisionamento em massa. Ao contrário, a aplicação do *numerus clausus* investe na redução do processo de encarceramento em massa e deve ser inserida em uma lógica de redução da população prisional como um todo, não apenas da superlotação de cada unidade prisional.

2. NUMERUS CLAUSUS E A SUA INTRODUÇÃO NO BRASIL

A discussão acerca da limitação da capacidade dos estabelecimentos prisionais e as formas de efetivá-la são ainda incipientes no Brasil. Apesar disso, é possível perceber normatizações e aplicações em diversas esferas de poder.

Na esfera legal, o art. 85 da Lei 7.241/84 (Lei de Execução Penal) dispõe que “[o] estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, tratando-se, a priori, “de marco legal que define a impossibilidade de ultrapassar a capacidade de vagas no estabelecimento penal” (GIAMBERARDINO, p. 141), ou seja, uma norma limitadora da superlotação, porém de todo ignorado na realidade concreta. Há, no entanto, propostas no Poder Legislativo a fim de

especificar e concretizar a limitação em tela. É o caso do Projeto de Lei do Senado 513/2013 (Projeto de Lei 9.054/2017) que busca alterar a redação do mencionado artigo para constar que “[o] estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, vedado o recebimento de presos além da capacidade prevista” (BRASIL, 2013).

A proposta ainda confere mecanismos de controle e efetivação da pretensa alteração normativa, pois atribuiria ao juiz da execução penal manter o controle da população prisional, por intermédio de mecanismos de fiscalização, além de estipular critérios para a saída antecipada dos presos⁶. O mesmo PL, aliás, busca taxativamente impedir a superlotação, impondo-se a realização de mutirões carcerários pela corregedoria competente para declarar direitos já atingidos, tal como atribui ao juiz a possibilidade de antecipação dos direitos inerentes à execução, libertando-se antecipadamente o detido⁷. Os tais critérios não são livres de críticas, pois, a título de exemplo, apontam a valoração da intensidade do dolo ou da culpa no momento do cometimento do crime, medida esta que, além de exceder à competência do Juízo da Execução Penal, permitirá subjetivismo extremado, que muitas vezes se mostra limitador ao reconhecimento de direitos.

Em semelhante sentido, cabe mencionar os PLs apensos 6110/2016, 4513/2012, 7223/2006 e 7223-B/2006.

Diante da crise sanitária ocasionada pela pandemia do coronavírus, outro projeto de lei foi proposto com a temática, o recente PL 978/2020 (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2020). O projeto nominalmente referenciou o princípio *numerus clausus* e buscou estipular um limite tolerável de 119% de lotação nas unidades prisionais e socioeducativas, sendo conveniente recordar que atualmente a lotação penitenciária supera 200% da capacidade prisional, que por sua vez corresponde a 442 mil vagas (BRASIL, SISPEN, 2019).

⁶ Art. 66, XIV: “oficiar ao coordenador do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, dando-lhe conhecimento da superlotação da unidade penal e solicitar que reúna os juízes competentes pela custódia dos presos provisórios ou condenados que ali se encontram para traçar, de forma conjunta e de modo a garantir a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, estratégia de desencarceramento, com base: a) na potencialidade ofensiva do crime; b) na ocorrência ou não de violência na prática do crime; c) na intensidade do dolo ou da culpa na prática do crime; d) na duração da pena aplicada; e) no regime prisional inicial de cumprimento da pena; f) na quantidade de condenações dos presos; XV – realizar, de ofício ou a requerimento das partes, mutirões carcerários sempre que a capacidade do estabelecimento estiver superior à lotação”.

⁷ Art. 114-A: “É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade. § 1º Sempre que atingido o limite, será realizado mutirão carcerário pela corregedoria respectiva. § 2º Havendo presos além da capacidade do estabelecimento, o juízo da execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo de ser preenchido. § 3º Os mutirões carcerários com a finalidade de redução da população carcerária deverão priorizar a liberdade dos presos sem sentença há mais de 90 (noventa) dias da data da prisão e os presos por crimes sem violência contra a pessoa, aos quais se poderão aplicar, se o caso justificar, medidas cautelares alternativas à prisão.”

No âmbito do Poder Executivo, por outro lado, foram estabelecidos parâmetros de aplicação do princípio *numerus clausus* na Resolução 5, de 25 de novembro de 2016, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça (BRASIL, Ministério da Justiça, 2016), que dispõe sobre os indicadores de fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais. Em suas considerações, registra a existência de um precedente internacional⁸<https://rbgg.com/coleman-v-brown-update/8> justificando a lotação em até 137,5% da capacidade das unidades prisionais, o qual foi referenciado pelo STF no RE 641.320, em conflito, por outro lado, com a orientação que se extrai do HC 143.988/ES do STF, cuja conclusão limita o número de presos a 119% da capacidade máxima, tal como recomendação internacional, que por seu turno tolera uma densidade máxima de até 120% (ZAFFARONI, p. 8/9). De todo modo, reconhece o estado de superlotação e obrigam os diretores de unidades prisionais comunicarem o Juízo da Execução a fim de solucionar o problema.

Nos Tribunais brasileiros o princípio *numerus clausus* começa a ganhar destaque, notadamente no Supremo Tribunal Federal, sendo possível referenciar a ADPF 347/DF, o RE 641.320/ES, SV 56 e o HC 143.988/ES.

A ADPF/347⁹ assume um papel central sobre a questão penitenciária brasileira. A admissão do estado de coisas inconstitucional equivale atestar a ilegalidade de todas as prisões brasileiras, embora o tribunal tenha adotado medidas tímidas no julgamento da medida liminar. Não se pode olvidar, com efeito, que a decisão da ADPF coloca nas mãos do Poder Judiciário, mais uma vez, a possibilidade de regressão do quadro de hiperencarceramento pela qual este órgão também é responsável (SANTOS; ÁVILA, p. 271).

A SV 56¹⁰, por sua vez, veda a permanência ilegal em regime mais severo, diante da inexistência de vagas no regime adequado, ou seja, não se pode permanecer detido no regime fechado diante da ausência de vagas no regime semiaberto, tal como não se permite a prisão em regime semiaberto ante a inexistência de vagas no regime aberto, e para tanto determina a observância dos parâmetros norteadores do RE 641.320, isto é, o juiz, ao perceber a situação, deverá determinar:

⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos da América, caso *Brown v. Plata* (2011). Disponível em: < Acesso em 12 de set. 2020. Em síntese, o caso foi movido pelos prisioneiros do estado da Califórnia com doença mental grave e denunciam a inadequação dos presídios para o tratamento das enfermidades, grande parte decorrentes da superlotação.

⁹ ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe 18/02/2016, Publ. 19-02-2016.

¹⁰ “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

(a) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (b) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

Por tal entendimento jurisprudencial, portanto, quando se trata de regime prisional semiaberto e aberto, compreende que o condenado não pode suportar a desídia estatal (GIAMBERARDINO, p. 141/142). No entanto, ainda há resistência na adesão ao entendimento quando se trata de prisão no regime fechado (GIAMBERARDINO, p. 142), justamente a situação mais grave.

Em meio à pandemia, contudo, uma alvissareira decisão ganhou corpo no Supremo Tribunal Federal. No HC 143.988/ES¹¹, a Corte reconheceu a superlotação como violação de direitos fundamentais de adolescentes internados em meio fechado em instituições socioeducativas e impôs o respeito numérico de lotação. O Min. Relator, Edson Fachin, propôs a observância de inúmeros critérios para a redução da lotação, dentre eles a “adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso”, proposta qual foi acatada pelos demais Ministros da Corte, tolerando-se a lotação a 119% da capacidade institucional.

O reflexo dessa decisão na justiça criminal como um todo é um avanço que se aguarda e que se mostra imperativo, diante da emergência humanitária representada pelas prisões brasileiras. A despeito de ser um debate incipiente, ele é urgente. O avanço normativo e jurisprudencial não deixa dúvida sobre a possibilidade de aplicação imediata do *numerus clausus* na realidade prisional brasileira, afinal aos juízes da execução penal é atribuída a função de interditar integral ou parcialmente unidades prisionais que desrespeitem normativas da LEP (art. 66, VIII, da Lei 7.210/84¹²), de modo tal que lhes é permitido, desde a égide da lei, tal atribuição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional brasileiro dia após dia renova a máxima histórica de lotação carcerária e, conseqüentemente, da ampliação dos danos e dores decorrentes do aprisionamento. As curvas do encarceramento e da superlotação seguem crescentes e revelam uma verdadeira emergência humanitária. Medidas de

¹¹ HC 143988, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 03/09/2020, Publ. 04/09/2020.

¹² “Compete ao Juiz da execução: [...] VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei”.

reversão desse processo, em especial uma política de desencarceramento e respeito ao limite de capacidade das prisões, ainda não se revelam de maneira consistente no plano concreto.

A pandemia da COVID-19 impôs uma emergência sanitária na sociedade que tornou a prisão um ambiente ainda mais vulnerável e destrutivo da vida humana. A emergência sanitária agravou ainda mais a emergência humanitária nas prisões e trouxe para a agenda dos direitos humanos a necessidade de enfrentar de maneira séria e efetiva superlotação prisional.

Dentre as muitas medidas cabíveis para a contenção das constantes violações às pessoas presas, o princípio *numerus clausus* desponta como importante mecanismo reducionista de danos no sistema de justiça criminal, que deve ocupar o centro do debate. Destacamos, dessa forma, suas principais características e as possibilidades de aplicação no Brasil, de maneira a contribuir tanto para o debate quanto para a sua efetivação na justiça criminal contemporânea. Em tempos de pandemia, a questão é ainda mais urgente.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Palestra: A pandemia em tempos de cólera**. 26º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). São Paulo: IBCCRIM. Publ. 26. set. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/painel_seminario/eventos/live/39/encerramento-a-pena-nos-tempos-do-colera-1>. Acesso em 14. out. 2020.

_____. **Novas tendências do direito penal**: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004

_____. Reforma penitenciária à francesa. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro. Coluna Opinião. Quinta-feira, 16/03/1989. 1º caderno. p. 11. Disponível em: <<https://news.google.com/newspapers?nid=0qX8s2k1IRwC&dat=19890316&printsec=frontpage&hl=pt-BR>>.

BONNEMAISON, Gilbert. **La modernisation du service public pénitentiaire: rapport au Premier Ministre et au Garde des Sceaux**. Ministre de la Justice. Paris: Ministère de la Justice, 1989.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 978/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=D3FD4801E05D6E5DC8F0C65B07C6A674.proposicoesWebExterno1?codteor=1870313&filename=PL+978/2020>. Acesso em: 26 de fev. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Mandado de Prisão**. Estatísticas 2021. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em 26 de fev. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução 5, de 25 de novembro de 2016**. Disponível em <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22077781/do1-2016-11-29-resolucao-n-5-de-25-novembro-de-2016-22077636> Acesso em 26 de fev. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SISPEN. **Taxa de aprisionamento e déficit de vagas por ano: período de julho a dezembro de 2019**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmMzMzYtODAwMmM0YmZiLWl1M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 26 de fev. 2021.

230 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei 513/2013 (Projeto de Lei 9.054/2017)**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=A9C2B6E90756E1DF6030540E5857C02B.proposicoesWebExterno2?codteor=1619253&filename=PL+9054/2017>. Acesso em 26 de fev. 2021.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à lei de execução penal**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

NICOLITT, André Luiz; NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Execução penal, unidade prisional Plácido de Sá Carvalho e o mito do progresso: olhares a partir de Ferrajoli, Agamben e Walter Benjamin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 154, p. 247-289, abr. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: numerus clausus. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, p. 104-120, jan./abr., 2014.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 136. ano 25. p. 267-291. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de Execução Penal: e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: un desafio a la dogmática penal**. 1ª Ed. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

COLONIALIDADE, PANDEMIA E CÁRCERE:

alternativas à violação de Direitos
Humanos

*Daniela Cristien Silveira Mairesse Coelho
Valmor Scott Jr*

COLONIALIDADE, PANDEMIA E CÁRCERE: alternativas à violação de Direitos Humanos

Daniela Cristien Silveira Mairesse Coelho¹

Valmor Scott Jr.²

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, especialmente, sob o ponto de vista ocidental, não foram capazes de frear o avanço da colonialidade institucionalizada nas prisões brasileiras. No país, a proteção dos direitos humanos da população carcerária é balizada pela insuficiência de servidores e profissionais da saúde, bem como pela ausência de infraestrutura e saneamento.

O “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, constatado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347, denuncia o cenário pré-pandemia de graves lesões – por ação ou omissão do Estado – aos direitos da população carcerária. Por esse motivo, o sistema prisional é incapaz de assegurar qualquer garantia, uma vez que não apenas segrega identidades coloniais, como também mantém uma estrutura que propicia o tratamento desumano em virtude da superlotação.

No contexto da pandemia, em que o distanciamento social, a constante higienização do corpo e do ambiente, assim como a etiqueta respiratória, são indispensáveis para evitar a propagação do contágio pelo vírus, verifica-se que no ambiente carcerário brasileiro potencializa-se a contaminação entre a população reclusa e servidores, além de alavancar o número de mortes sob custódia.

¹ Mestra em Direitos Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica (PUCRS). Graduada em Direito (FADISMA). Pesquisadora da Red Internacional por el Derecho a la Otra Educación, do Grupo de Estudio sobre Direito, Educação e Vulnerabilidade – GEDEV e, do Laboratório Imagens da Justiça.

² Professor Adjunto da faculdade de Direito – UFPel; Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD/UFPel, em nível de Mestrado, na Linha de Pesquisa: Direito e Vulnerabilidade social. Coordenador do Grupo de Estudos sobre Direito, Educação e Vulnerabilidade – GEDEV. Autor de livros e artigos científicos em temáticas que relacionam Direito e Educação, preferencialmente, com grupos em situação de vulnerabilidade social.

Diante destas considerações, o primeiro tópico deste estudo discorre sobre o padrão de poder colonial que configurou as relações sociais, com base na ideia de raça, a partir da perspectiva dusseliana de crítica à modernidade eurocêntrica e da Colonialidade do Poder, em Aníbal Quijano.

No segundo tópico, apresenta-se uma crítica às perspectivas eurocêntricas de direitos humanos a partir de Herrera Flores, identificando a fragilidade da proteção dos direitos na América Latina e, notadamente, no Brasil, a partir de dados oficiais.

Ao final, no tópico intitulado COVID-19 e cárcere, abordam-se as condições pré-existentes do sistema carcerário e a Recomendação nº 62, do CNJ, que orientou medidas preventivas à propagação da infecção pelo coronavírus no âmbito do sistema prisional e socioeducativo. Assim, a investigação proposta por esse estudo busca responder o seguinte questionamento: De que modo o colonialismo e a colonialidade reverberam no sistema carcerário brasileiro durante a pandemia do COVID-19, tendo como base alternativas às violações de direitos humanos no cárcere ?

Com este estudo, considerando tratar-se de uma questão de direitos humanos, busca-se que o leitor realize um processo de reflexão sobre a permanência de um sistema moderno/colonial e como este repercute no sistema carcerário brasileiro, diante da pandemia pela COVID-19.

1. COLONIALISMO E COLONIALIDADE

Preliminarmente à abordagem sobre Colonialismo e colonialidade, convém situar a discussão no contexto dos estudos latino-americanos. O filósofo argentino Enrique Dussel (1994) denomina o “descobrimento” da América como o encobrimento de saberes e culturas dos povos colonizados em um processo de objetificação das populações tradicionais.

O homem colonizador, incorporado ao homem moderno, representa a revolução científica e a transição entre a Idade Média renascentista e a Idade Moderna, sendo que o precedente desta “modernidade” é o confronto com o Outro, bem como o controle e a violência exercida pelo ego conquistador do homem europeu.

A modernidade, enquanto promessa de progresso, é orientada pela emergência da Europa como Centro do Mundo, o que correspondeu a um projeto civilizatório universalizante e totalizante, de ordem prática e teórica que colocou a América Latina na periferia do sistema mundial redefinido pelo colonialismo. Portanto, a conquista da América é constitutiva da modernidade, pois os fenômenos intraeuropeus como a reforma protestante, o surgimento da ciência e, a revolução francesa, não seriam, por si, capazes de produzir a modernidade (CASTRO-GOMEZ, 2005a; BERNADINO-COSTA; GROSGOUEL, 2016).

Nessa conjuntura surge o pensamento dusseliano, o qual critica a noção linear e progressiva de desenvolvimento histórico da modernidade, em que a epistemologia dominante – europeia e colonizadora – afirma um encontro entre culturas. A harmonia do progresso é confrontada com o choque da colonização e do genocídio dos povos tradicionais, proporcionando uma reflexão sobre a desigualdade entre colonizador e colonizado, além de revelar a violência contra as sociedades e culturas autóctonas (DUSSEL, 1994; MORANA, 2018).

Uma análise, a partir da pandemia e dos direitos humanos no Brasil, torna indispensável a utilização das perspectivas decoloniais, potentes na denúncia de um padrão de poder estabelecido desde o domínio colonialista, perpetuado mesmo após a emancipação das colônias.

Nesse cenário, a Colonialidade e o Colonialismo apresentam-se como estruturas distintas, porém em relação de mutualidade, porque a primeira exige uma relação racista de poder, enquanto a segunda consiste em uma estrutura de exploração a partir do controle político e territorial (QUIJANO, 2007; MIGNOLO, 2017).

A perpetuação desse padrão de poder colonial estabeleceu alguns eixos fundamentais, como a codificação de diferenças entre conquistadores e conquistados, desde a classificação de raça, passando pela articulação das formas históricas de controle do trabalho, seus recursos e produtos em torno do capital.

A relação colonizador-colonizado é determinante na estruturação do sistema-mundo moderno/colonial, porque determina uma hierarquia étnico-racial global que intervém em diversas áreas: trabalho e seus produtos; natureza; sexo; subjetividade e autoridade (QUIJANO, 2009; CASTRO-GÓMEZ, 2005b; GROSFUGUEL, 2008). Tanto a identificação social como a classificação dos colonizados são padrões de relações “historicamente necessárias e permanentes” (QUIJANO, 2009, p. 125).

A ideia de raça foi estabelecida como uma estrutura de diferença biológica entre conquistadores e conquistados, oportunizada pelo núcleo epistêmico da racionalidade europeia. A partir da criação de binarismos como primitivo/civilizado, europeu/não-europeu, tradicional/moderno, não-humano/humano, novas identidades foram atribuídas: os mestiços, negros, índios, oliváceos e amarelos. As relações sociais, enquanto relações de dominação, construíram identidades como hierarquias, impondo papéis sociais e lugares previamente estabelecidos para cada sujeito.

Além da produção dessas novas identidades, o eurocentrismo origina o arcabouço teórico da ideia de raça que estabelece a diferença entre europeus e não-europeus, permitindo que essa classificação social seja articulada conforme as necessidades de poder de cada período e exerça controle em diversos níveis (QUIJANO, 2005; SEGATO, 2013).

No controle do trabalho, a relação entre colonizador-colonizado, existente durante o domínio colonial foi perpetuada através de uma distribuição racista de trabalho. Nas colônias, o trabalho assalariado era destinado somente aos homens brancos e mestiços, de modo que essa relação é determinante para compreender o impacto do poder colonial na estruturação da sociedade.

O controle do trabalho pela classificação social racista determinou a “geografia social do capitalismo” em que os recursos, produtos e serviços do trabalho estão diretamente relacionados com o capital. A classificação racial preparou o surgimento do capitalismo e, assim, a Europa tornou-se o centro do mundo capitalista. O capitalismo mundial, para Quijano (2007) é moderno/colonial e eurocentrado.

Estas considerações são fundamentais para compreender o próximo tópico, pois o colonialismo e a colonialidade colaboram para a reflexão sobre aspectos pontuais deste estudo: direitos humanos, vulnerabilidade, pandemia e cárcere, conforme segue.

2. DIREITOS HUMANOS, VULNERABILIDADES E PANDEMIA

O conceito de direitos humanos, especialmente no campo jurídico, é tratado por diversos autores como àqueles constantes nos documentos internacionais, dotados de validade universal e destinados a todos os seres em caráter supranacional. Contudo, a adoção de um ponto de vista crítico à modernidade, bem como ao eurocentrismo, exige uma narrativa emancipatória.

Nesse sentido, adotamos Herrera Flores (2009), o qual considera que os direitos humanos são o principal desafio do século XXI, exigindo a reformulação desses direitos em uma pauta jurídica, ética e social como guia de uma racionalidade atenta às necessidades humanas em detrimento do capital. Conforme a teoria crítica de Herrera Flores, existem três níveis de compreensão acerca dos direitos humanos: “o quê”, “por quê” e “para quê”.

Os direitos humanos são “dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito” (HERRERA FLORES, 2009, p. 29). Os bens materiais e imateriais são aqueles exigíveis para uma vida com dignidade, que satisfaçam necessidades humanas; portanto, para Herrera Flores (2009), os direitos surgem após lutas pelo acesso a esses bens.

A luta pelos direitos humanos ocorre em razão dos injustos e desiguais processos de divisão social, sexual, territorial e ética do fazer humano. De acordo com a posição que cada sujeito ocupa na sociedade, maior ou menor será a possibilidade de acesso aos bens necessários. Em resumo, Herrera Flores (2009):

236 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade. (2009, p. 33)

A narrativa predominante acerca dos direitos humanos foi elaborada a partir de uma visão totalizante e universalizante, em que a dignidade é ocidental e inflexível, impossibilitando a inclusão de grupos que não se encaixam nos moldes eurocêntricos. Para Santos (2013), esse discurso dos direitos humanos atua tanto no campo revolucionário como contrarrevolucionário, haja vista que essa compreensão desconsidera o contexto social, político e cultural de diferentes regiões do mundo na aplicação desses direitos. A partir disto, surge o seguinte questionamento: De que modo essa perspectiva afeta a América Latina e, especialmente, o Brasil durante a pandemia do COVID-19?

A pandemia do coronavírus é um momento de crise que revela a verdade e a qualidade das instituições, agravando problemas sociais previamente existentes (SANTOS, 2020). O “pano de fundo” pré-pandemia no Brasil pode ser compreendido a partir do Informe do Latinobarômetro de 2018³, coletado a partir de 20.204 entrevistas, entre os dias 15 de junho e 2 de agosto de 2018, com amostras da população de cada um dos países latino-americanos, com exceção de Cuba.

O documento evidencia o Brasil como um dos seis países da América Latina onde mais de um terço da população é indiferente ao tipo de regime – democrático ou autoritário – ao lado de países como El Salvador, Honduras, México, Panamá e Guatemala. O Brasil, também, liderava o ranking de países em que os entrevistados possuíam expectativa de melhora na economia em 2019 (58%), ao lado da República Dominicana (58%).

Essa porcentagem revela a importância do ano eleitoral de 2018, no Brasil, marcado pela ausência de alguns candidatos nos debates das principais emissoras de televisão, a livre circulação de mensagens de conteúdo falso nas redes sociais, protestos protagonizados por orientações políticas diversas e atentados e homicídios por motivação política⁴.

Neste cenário, também, é constante a presença do Brasil em julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os casos atingem a população pertencente aos grupos socialmente vulneráveis: mulheres, negros, indígenas,

³ Disponível em: https://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf

⁴ O assassinato da vereadora do Rio de Janeiro, Marielle Franco, em 14 de março de 2018 segue inconclusivo.

empobrecidos, LGBTQIA+, refugiados, pessoas privadas de liberdade, etc. Aliado à pandemia, o país vivencia uma das maiores polarizações políticas da história, o que evidencia o enfraquecimento da democracia e a incapacidade de gestão em situações de emergência.

Boaventura de Sousa Santos, no ensaio “A cruel pedagogia do vírus” (2020) constata a existência desses grupos de vulnerabilidade especial – lista que “está longe de ser exaustiva” (p. 241, 2020) – que precedem a quarentena e compõem o “Sul”, um espaço-tempo cultural, social e político. Essas vulnerabilidades emergiram durante a pandemia; revelam o desemprego, a precariedade do trabalho, a falta de saneamento básico nas periferias, a violência contra a mulher no espaço doméstico, o retorno do Brasil ao Mapa da Fome, além de homicídios e agressões embasadas no racismo por empresas multinacionais atuantes no país⁵.

Refém da Colonialidade do Poder, o Brasil lidera nas desigualdades sociais por cor ou raça⁶. Segundo o levantamento do IBGE (2019a) o mercado de trabalho destina cargos gerenciais aos brancos, sendo que 29,9% são ocupados por negros e 68,6% por brancos. As razões de rendimentos por cor ou raça e sexo, conjugadas, destacam que mulheres negras recebem menos da metade que homens brancos: 44,4%. Nesse mesmo quesito, as mulheres brancas também possuem rendimentos superiores, entre homens negros e mulheres negras: 74,1% e 58,6% respectivamente. Os homens negros possuem rendimentos superiores apenas aos das mulheres negras (IBGE, 2019a).

A distribuição de renda, considerando aquelas pessoas abaixo das linhas de pobreza, ou seja, de rendas inferiores a US\$ 5,50/dia e inferiores a US\$ 1,90/dia corresponde a 32,9% e 8,8% entre negros, respectivamente. Esses números caem para 15,4% e 3,6% para as pessoas brancas. Na política, a representação étnico-racial pelos deputados federais eleitos corresponde a 24,4% de pessoas negras e de 75,6% de pessoas brancas e demais etnias (IBGE, 2019a).

No ano de 2017, a taxa de homicídios a cada 100 mil habitantes, segundo o IBGE (2019a)⁷, é de 16,0 entre pessoas brancas e 43,4 entre negras. Isso significa que negros estavam suscetíveis 2,7 vezes mais de se tornarem vítimas de homicídios do que brancos. Entre jovens de 15 a 29 anos de idade, a taxa corresponde a 98,5 negros a cada 100 mil jovens.

⁵ Caso João Alberto Freitas, espancado e assassinado no estacionamento do Carrefour em Porto Alegre no final de novembro, na noite anterior ao Dia da Consciência Negra.

⁶ Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf

⁷ Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf

Um dos últimos indicadores do IBGE (2019a) suscita a problemática da frequência escolar. Para os negros, a permanência e o comparecimento nas escolas dependem de diversos fatores, entre eles as situações de violência e o trajeto percorrido entre casa-escola nas áreas de risco. Mais da metade dos alunos negros estudam em estabelecimentos situados em área de risco (53,9%), entre escolas públicas e privadas (IBGE, 2019a)⁸. Assim,

o racismo estrutural permeia vários âmbitos das relações sociais e das instituições no Brasil. Aqui a pobreza tem cor. Se olharmos para quem são os moradores das favelas, as pessoas em situação de rua, quem está nas filas de desempregados, identificaremos logo homens e mulheres negras. Os jovens negros das periferias urbanas são mortos pela polícia. Sem perspectiva de trabalho, sem educação completa, alguns entram para o tráfico de drogas. A sociedade brasileira não lhes reservou um espaço de cidadania. Não é por acaso que a maioria das pessoas pobres nesta sociedade, que se diz democrática e que adota o capitalismo como modelo econômico, sejam também negras. Há uma relação direta entre capitalismo e racismo, uma vez que raça foi um conceito, supostamente biológico, forjado para legitimar a relação de dominação entre colonizado e colonizador, entre ‘negro’, ‘índio’ e ‘europeu’ durante o período do colonialismo. O colonialismo é o primeiro momento do capitalismo global, e também o lado oculto da modernidade europeia. (VIEIRA, 2019, p. 103)

Santos (p. 267, 2020) afirma que “as pandemias não matam tão indiscriminadamente quanto se julga”. Ainda que seja menos discriminatória, a marginalização dos grupos do “sul” impede que níveis satisfatórios de prevenção e mitigação da pandemia sejam destinados a eles.

Diante do exposto, se faz necessário contextualizar alternativas que possam colaborar com a superação da violação de direitos humanos no cárcere, tendo como base a pandemia da COVID-19, a qual afeta a todos os cidadãos brasileiros e, em particular neste estudo, as pessoas encarceradas.

3. COVID-19 E CÁRCERE

No dia 17 de março de 2020, a Recomendação nº 62/CNJ, apresentou medidas preventivas à propagação da infecção pelo coronavírus no âmbito do sistema prisional e socioeducativo. No art. 1º, parágrafo único e, incisos, consta a proteção da vida e saúde das pessoas privadas de liberdade, servidores e agentes do sistema de justiça

⁸ Disponível em; https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf

criminal e os encarcerados que fazem parte dos grupos de risco da COVID-19. À exemplo das recomendações:

- a adoção de medidas sanitárias, diminuição das aglomerações nas unidades;
- reavaliação de prisões provisórias com prioridade para: a) gestantes, lactantes, pessoas com deficiência, idosos, indígenas e outros grupos de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos com ocupação superior à capacidade; c) prisões preventivas que excederam o prazo de 90 dias em crimes sem violência ou grave ameaça;
- Garantia de salubridade e medidas de isolamento;
- Adoção de medidas de higiene e de prevenção, tais como disponibilização de água corrente e sabão, máscaras, álcool gel e limpeza de superfícies. (CNJ, 2020)

As orientações estão alinhadas ao documento: Preparação, prevenção e controle da COVID-19 em prisões e outros locais de detenção, da Organização Mundial da Saúde (OMS) (2020)⁹ e, à Portaria n. 188, do Ministério da Saúde brasileiro¹⁰, lançados no período inicial da pandemia no Brasil.

Próximo ao fim do ano de 2020, em 1º de dezembro, a aprovação de algumas vacinas fabricadas no exterior impulsionou um Plano Nacional de Imunizações (PNI) do governo brasileiro, dividido em 4 fases:

[Fase 1] trabalhadores da saúde, população idosa a partir dos 75 anos de idade, pessoas com 60 anos ou mais que vivem em instituições de 2 longa permanência (como asilos e instituições psiquiátricas) e população indígena. [Fase 2] pessoas de 60 a 74 anos. [Fase 3] pessoas com comorbidades que apresentam maior chance para agravamento da doença (como portadores de doenças renais crônicas e cardiovasculares). [Fase 4] professores, forças de segurança e salvamento, funcionários do sistema prisional e população privada de liberdade.¹¹

Em 4 de dezembro, três dias após o anúncio, o Ministério da Saúde retirou a população carcerária do grupo prioritário de imunização. Em nota publicada pela GaúchaZH, o Ministério da Saúde destacou:

⁹ Lançado em 15 de março de 2020.

¹⁰ Lançada em 3 de fevereiro de 2020.

¹¹ Disponível em; https://static.poder360.com.br/2020/12/01.12.2020_Vacinacao_Covid19-2.pdf

240 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

o Brasil e o mundo ainda carecem de mais estudos quanto à taxa de transmissibilidade e de letalidade para que se justifique a priorização do grupo daqueles privados de liberdade. Além disso, a inclusão de outros grupos prioritários ocorrerá à medida que mais doses e vacinas sejam disponibilizadas - após licenciamento pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e dos acordos de aquisição de vacinas¹².

A partir do pressuposto de que as identidades coloniais moldaram a sociedade brasileira e influenciaram a criminalização de algumas identidades, além de instituir as hierarquias do sistema moderno/colonial, não é incomum que no contexto pandêmico a população carcerária do país não seja considerada prioritária.

O sistema carcerário está diante de uma *nova* crise que agrava a situação anterior de omissão do Estado quanto a implementação de políticas públicas destinadas à redução de danos no cumprimento da pena. No panorama pré-pandemia, as unidades prisionais de todo o país enfrentavam as consequências da superlotação: insuficiência de servidores e profissionais da saúde e, a falta de infraestrutura e saneamento.

O CNJ realiza monitoramento semanal dos casos de contágios e mortes por COVID-19 nos sistemas prisional e socioeducativo, categorizados entre servidores e pessoas em privação de liberdade. No primeiro boletim, de 15 de junho de 2020¹³, foram registrados 5.754 casos confirmados (2.605 pessoas presas e 3.149 servidores) e 95 óbitos (54 pessoas presas e 41 servidores). Na última consulta aos dados, em 23 de dezembro de 2020¹⁴, há registro de 54.807 casos confirmados (41.971 pessoas presas e 12.836 servidores) e 222 óbitos (129 pessoas presas e 93 servidores).

Em porcentagens, representa um aumento de 133,6% nos óbitos e de 852,5% nos casos confirmados, mesmo com as recomendações do CNJ e a retirada de 35 mil pessoas das unidades prisionais para cumprimento de pena em prisão domiciliar ou monitoração eletrônica.

Conforme o mesmo Relatório, no universo de 755.274 presos e presas no país, somente 171.293 foram testados para o COVID-19. Isso representa apenas 22,68% da população carcerária, o que denota a subnotificação dos casos confirmados e óbitos.

¹² Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/12/ministerio-da-saude-retira-populacao-carceraria-de-grupo-prioritario-da-vacina-contr-a-covid-19-ckihm6zo1004nJ19wu3ike591.html>

¹³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-6.pdf>

¹⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/12/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-23.12.20.pdf>

Em que pese esses dados sejam alarmantes, é inusitado observar que algumas unidades prisionais têm recebido maiores cuidados em relação à higiene e à alimentação como, por exemplo, no Estado da Bahia, em que atualmente é oferecido um “Kit reforço Alimentar” para fortalecimento do sistema imunológico das pessoas privadas de liberdade e a instalação de pias, *dispensers* de álcool e/ou sabão líquido; no Ceará, o fornecimento de água aumentou de uma para três vezes ao dia¹⁵.

Essas informações vão ao encontro de Santos (2020, p. 29) que critica “a ideia conservadora de que não há alternativa ao modo de vida imposto pelo hipercapitalismo em que vivemos”, sustentando uma elasticidade do social que possibilita alternativas à realidade, também, durante a pandemia. O autor sustenta que “só não há alternativas porque o sistema político democrático foi levado a deixar de discutir as alternativas” (SANTOS, 2020, l. 29).

As recomendações do CNJ, sobretudo ao considerar o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, já constatado pela ADPF 347, poderiam ser utilizadas não apenas nesse momento pandêmico, como também sendo alternativa às constantes violações de direitos humanos no cárcere.

A partir disso emerge a constatação de que o cárcere brasileiro representa não a perda de direitos humanos, mas a reprodução de um padrão de poder que, diuturnamente, encarcera identidades coloniais. Atualmente, 67,7% da população carcerária é composta por pretos, pardos, indígenas e amarelos¹⁶.

Se a superlotação carcerária, a alimentação insuficiente e a falta de cuidados elementares com a saúde são as características principais da execução penal brasileira, resta questionar a (in)existência extra-muros dos direitos da população que habita, majoritariamente, esse espaço. A dificuldade de acesso às condições existenciais mínimas – bens materiais e imateriais necessários para o exercício pleno dos direitos humanos – é reflexo de uma classificação social, que entrega legitimidade à omissão do Estado e que permanece no interior do cárcere.

A pena nunca foi obstáculo para o recrudescimento penal, seja como proteção contra a delinquência, seja como promessa de ressocialização, amparado no encarceramento de populações vulneráveis. Desde a perspectiva decolonial, é possível afirmar que existe uma colaboração entre o sistema de justiça criminal e o sistema moderno/colonial.

¹⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/12/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-23.12.20.pdf>

¹⁶ Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWVmNzktNjRlZi00MjNiLWFlhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

242 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

O Estado, ao confiscar a vítima e tomar para si o conflito existente, tem a incumbência de preservar todo direito não atingido pela sentença de aprisionamento. O ponto nevrálgico dessa questão está, justamente, no padrão de poder colonial instaurado desde o colonialismo, estrutura essa que não apenas estigmatizou negros, índios, empobrecidos e demais identidades, mas possibilitou sua classificação como não-humanos.

Desde o período pós-independência, momento em que a América Latina buscava sua própria identidade, inspirada na superioridade europeia, “a presença negra e indígena nas Américas [...] significava um óbice à configuração da paisagem humana perseguida pelas classes dirigentes brancas” (FLAUZINA, 2006).

No campo da Criminologia, o Brasil permitiu a importação de discursos racistas das regiões hegemônicas, constituídos no século XIX, a partir da racionalidade científica e do advento da “modernidade”. Isso pode ser visualizado, atualmente, a partir da existência de uma função declarada do sistema penal no controle das condutas de “homens maus” (os criminosos) para garantir a boa vida dos homens de bem (cidadania) (ANDRADE, 2016).

Esse importante instrumento de dominação e controle social ensejou a manutenção de uma estrutura de poder racista e colonialista, porque produziu conhecimento para o controle da população marcada pela ferida colonial. A atuação do sistema de justiça criminal, alinhada com o conceito de direitos humanos fundado em uma dignidade ocidental, tem impacto direto sobre a população carcerária que, segundo as estatísticas, faz parte do mesmo estrato social anteriormente explorado e violentado pelo poder colonial.

Mesmo antes da pandemia, as mortes no interior do cárcere eram uma realidade. O Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2015) relata que a taxa de óbitos por 100 mil habitantes no Brasil é de 29,1%, enquanto no cárcere é de 95,23%. Isto demonstra que o sistema de justiça criminal está inserido em uma narrativa colonizadora e eurocêntrica, momento em que a população carcerária estava diante de uma política da morte pré-pandemia e, atualmente, um agente externo potencializador: a COVID-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir o presente estudo, se faz necessário retomar a pergunta de pesquisa: De que modo o colonialismo e a colonialidade reverberam no sistema carcerário brasileiro durante a pandemia do COVID-19, tendo como base alternativas às violações de direitos humanos no cárcere?

Os direitos humanos, a partir de uma perspectiva crítica, exigem o acesso aos bens materiais e imateriais para que seja possível operacionalizar a dignidade. Embora essa não seja a narrativa predominante, as perspectivas decoloniais tem auxiliado na busca por alternativas que contemplem o contexto social, político e cultural latino-americano.

Nesse contexto, a Colonialidade e o Colonialismo, mesmo que distintos e mútuos, demonstram, no presente estudo, que a continuidade do poder colonial (colonizador-colonizado) salientou a codificação de diferenças, sendo exemplo, a hierarquia étnico-racial que afeta vários âmbitos da identidade social do sujeito, além de estabelecer lugares sociais delimitados.

Neste contexto, há um processo de retroalimentação: o sistema moderno/colonial deposita no sistema de justiça criminal, as identidades coloniais e, quando egressos, envolvidos por uma falsa liberdade, retornam ao cotidiano marginalizado. A população carcerária é negra, pobre, de baixa escolaridade e jovem. Esta era a população escravizada no período em que o Brasil era colônia de Portugal.

A partir destas considerações, na atualidade, a pandemia pela COVID-19 retrata algo que a precede: o Brasil, como refém da Colonialidade do Poder, e sua liderança nas desigualdades sociais de cor e raça, facilmente verificado nos dados estatísticos do IBGE apresentados neste estudo. Contudo, com a alta transmissibilidade do SARS-CoV-2 e sua letalidade instaurou-se um “espelho social” sobre os grupos marginalizados que ocasionou a necessidade de alternativas de prevenção, mas também como medida para a superação da violação de direitos humanos no cárcere a este grupo socialmente vulnerável: as pessoas encarceradas.

A Recomendação nº62/CNJ, apresenta-se como uma destas alternativas, ao propor medidas preventivas à propagação da infecção pela COVID-19 no âmbito do sistema prisional e socioeducativo. Essa iniciativa aponta na direção de importantes reflexões, entre as quais, a crise evidenciada no sistema carcerário: a omissão estatal no que concerne a políticas públicas, tão necessárias no período pré-pandemia, mas reforçadas com a emergência da COVID-19.

Em suma, não é novidade a existência de uma relação direta entre colonialidade e sistema carcerário brasileiro, a qual ressalta as diferenças étnico-raciais e ocasiona a violação de direitos humanos no cárcere. Contudo, a pandemia pela COVID-19 ocasionou uma urgência, sempre existente mas protelada, de implementar alternativas para suprir tais violações, sobretudo, o direito humano à saúde.

Para além e não menos importante, a pandemia pela COVID-19 tornou, ainda mais evidente, os efeitos nocivos do colonialismo e da colonialidade no sistema

244 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

carcerário brasileiro, assim como exigiu atuação imediata do Estado que, durante a pandemia, apresentou alternativas para a não violação de direitos humanos. Lamentável considerar que as medidas de preservação dos direitos humanos, especialmente no cárcere, necessitam de situações extremas como a COVID-19 para que sejam implementadas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; GROSGOQUEL, Ramón. **Decolonialidade e perspectiva negra**. Soc. estado., Brasília, v. 31, n. 1, p. 15-24, abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922016000100002>. Acesso em: 28 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen, junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La poscolonialidad explicada a los niños**. Popayán: Universidad del Cauca, 2005a.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Hybris del punto cero**: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005b.

CHIES, Luiz Antônio; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: Prisões que matam, mortes que pouco importam. **Revista de Ciências Sociais**, DS-FCS, vol. 32, n.º 45, julio-diciembre 2019, pp. 67-90.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62/2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DUSSEL, Enrique. **1492 El encubrimiento del Otro**: hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz: Plural editores, 1994.

FLAUZINA, Ana. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf

GROSGOQUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 80, p. 115-147, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: Educação 2018 – São Paulo, 2019b. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf. Acesso em: 27 dez. 2020.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estudos e Pesquisas, **Informação Demográfica e Socioeconômica**: Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil – São Paulo, 2019a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 27 dez. 2020.

MIGNOLO, Walter. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 94, 2017. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200507&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 dez. 2020.

MORAÑA, Mabel. 1492: Contribuciones de Enrique Dussel al re-escubrimiento de América. In: SALGADO, José.; MORAÑA, Mabel. (Coord.) **Del monólogo europeo al diálogo inter-filosófico: ensayos sobre Enrique Dussel y la filosofía de la liberación**, p. 225-234. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. In.: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. (Orgs.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. pp. 96- 126. Disponível em: <http://www.unsa.edu.ar/histocat/hamoderna/grosfoguelcastrogoomez.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y subjetividad en América Latina. In: PIMENTEL, Carmen. (org.) **Poder, Ciudadanía, Derechos Humanos y Salud Mental em el Perú**. Lima: CECOSAM, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: Lander, Edgardo. (org.) **A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-americanas**. Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciências Sociais, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, pp.105-127.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. São Paulo: Boitempo, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SEGATO, Rita. **La crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013.

VIEIRA, Susana de Castro. Capitalismo e racismo. In: **Bioética, Neuroética, Emoções**. OLIVEIRA, Nythamar; MARIM, Caroline; BAVARESCO, Agemir; TAUCHEN, Jair. (Orgs.). Porto Alegre: Fundação Fênix, 2019.

A PANDEMIA ESCANCARA O CÁRCERE:

COLONIALISMO PENAL, DIREITOS HUMANOS
E CIDADANIA NO ENFRENTAMENTO À
COVID-19 NAS PRISÕES

*Otávio L.S. Couto
Dirceu Franco Ferreira
Samuel Tracol
Carolina Córdova*

A PANDEMIA ESCANCARA O CÁRCERE: colonialismo penal, Direitos Humanos e cidadania no enfrentamento à COVID-19 nas prisões ¹

Otávio L.S. Couto²

Dirceu Franco Ferreira³

Samuel Tracol⁴

Carolina Córdova⁵

INTRODUÇÃO

Este texto, produto de um estudo coletivo e qualitativo, de caráter exploratório, realizado através de pesquisa bibliográfica e documental, propõe um enfoque panorâmico sobre o advento da pandemia da COVID-19 e seus impactos no contexto prisional brasileiro, problematizando a natureza das medidas de enfrentamento ao vírus nos ambientes prisionais em alguns países e, sobretudo no Brasil, considerando as ressonâncias coloniais que permeabilizam os processos contemporâneos de segregação punitiva e suas relações com o tratamento de grupos historicamente vulnerabilizados socialmente.

Dessa forma, primeiramente é apresentado um panorama sobre a origem e a natureza de mecanismos que, ainda hoje, configuram a constelação de crenças e valores que influenciam e orientam as políticas criminais na maior parte dos países do globo, principalmente ocidentais. Na sequência é analisado o contexto brasileiro em relação ao enfrentamento do vírus nas prisões, considerando como elemento estruturante da análise o paradoxo evidenciado entre a realidade na qual estão

¹ Este texto é fruto das pesquisas e reflexões desenvolvidas no âmbito do Grupo CoPALC - Colonização Penitenciária na América Latina e Caribe (<https://copalc.hypotheses.org>).

² Doutorando em Política Social e Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Professor Assistente do Departamento de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).

³ Doutorando em História Econômica no Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP).

⁴ Leitor de história na Universidade de Guiana, doutorando na Sorbonne-Université, Centre d'histoire du XIXème siècle.

⁵ Mestranda na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Études sur le genre, parcours Sociologie.

inseridos os presos e os direitos e garantias fundamentais que lhes deveriam ser garantidos. E, ao final, um breve giro sobre o cenário internacional propicia uma amostragem panorâmica dos impactos da COVID-19 nas populações prisionais em alguns países do mundo e os efeitos percebidos através da política de desencarceramento, como parte das medidas de prevenção à disseminação do vírus.

1. SEPARAR E EXCLUIR: RAÍZES HISTÓRICAS DE UMA IDEOLOGIA IMPERIALISTA

A prisão e o colonialismo constituem desdobramentos e ferramentas privilegiadas do que convencionou-se chamar de modernidade, aceitando uma definição que exclui qualquer projeto pré-definido e rotulado como tal pelos atores que a protagonizaram. Propomos reter a definição do antropólogo suíço Charles Piot:

[...] estas formas culturais, políticas e econômicas associadas ao surgimento do capitalismo industrial na Europa durante os séculos XVI, XVII e XVIII e disseminadas pelo mundo em função da expansão imperial europeia: formas que, no entanto, não têm essência e cujo conteúdo é instável e mutável (PIOT, 2008, p. 15).

Essa definição está ancorada em um movimento de história global do imperialismo, ligando metrópoles e colônias em uma dinâmica conjunta que mantém a industrialização e a concentração do capital como fatores determinantes na construção de relações de dominação tanto no interior dos espaços metropolitanos quanto entre as metrópoles e as colônias. Dito de outra maneira, a modernidade desenvolve incessantemente o que Boaventura de Sousa Santos chama de “pensamento abissal” (DE SOUZA SANTOS, 2007), difundindo à escala global os meandros de uma gramática segregativa que se enquadra em todos os aspectos da organização social mundial, até na intimidade e na sexualidade. Tal definição também permite nos prevenirmos de qualquer efeito de sistema, ao identificar não um projeto político unificado, mas uma práxis cotidiana de segregação e dominação arbitrária por uma rede de atores tão vasta quanto os espaços em questão. Tanto o historiador colonial quanto o penalista identificam o mesmo protagonista, “o burocrata da ortopedia moral” identificado por Foucault (1975, p. 17).

Esta normatividade extrema, esta “burocratização” (FOUCAULT, 1975, p. 16) ligada à refundação do Estado no seu sentido moderno a partir do século XVIII, se apoia no desenvolvimento de saberes e técnicas no quadro de uma legitimação secularizada do exercício da coerção. Uma leitura disciplinar da modernidade pode parecer contraditória com o desenvolvimento concomitante dos direitos e liberdades fundamentais. A contratualização das relações sociais contidas nos princípios dos

direitos universais e na constitucionalização da norma jurídica fomentaram a construção de uma ideologia linear do progresso. Ora, a reivindicação universal da definição de um povo soberano chamado a se fundir com o gênero humano como um todo – ampliações progressivas da cidadania aos clérigos, vagabundos, pobres e mulheres – não caminha sem contradições em um período que também marca o auge da ideologia imperial. Frederick Cooper e Ann Laure Stoler sublinham nestes termos:

[...] as elites governantes que se esforçaram para estabelecer seu poder com base na cidadania generalizada e direitos sociais inclusivos se viram inevitavelmente confrontados com esta questão fundamental: esses princípios eram aplicáveis – e a quem – nos antigos impérios ultramarinos e nos territórios recém-conquistados que agora se tornavam dependências dos Estados-nação? (COOPER; STOLER, 2013, p. 8).

É nesses termos que os projetos coloniais e prisionais devem ser reunidos como figuras dominantes nas sociedades disciplinares da era industrial. A privação de liberdade e a prisão, como local de punição, são identificadas como as ferramentas privilegiadas do reformismo penal, a ponta de lança do liberalismo político e social.⁶ Uma análise combinatória do colonial e do prisional permite, então, traçar uma rede de abismos sociais que se concretiza no cotidiano do exercício da norma. As populações como um todo permanecem separadas dos dois lados do abismo, entendido como intransponível. Esse pensamento essencialista permite definir, em um movimento inverso, tanto o criminoso nato no contexto metropolitano quanto a raça inferior no contexto da dominação colonial.⁷ Por um efeito de redução/exclusão, é definido não apenas o “bom cidadão”, mas o povo ele mesmo. Assim, os direitos humanos estão reservados às populações cujas condições de pertencimento são definidas de modo restritivo: o afastamento das normas decretadas pelo povo soberano equivale a uma morte cívica, organizada em lei. A fim de orientar a análise do contexto brasileiro, esse ponto de vista foi muito bem resumido pelo jornal *Gazeta de Notícias*, em sua edição de 23 de dezembro de 1904:

[...] povo não é o facínora que empunha a navalha, o cacete e a garrucha; povo não é o ladrão que esvazia o bolso do transeunte e assalta as casas e rouba; povo não é o desordeiro de profissão;

⁶ Ver por exemplo TOCQUEVILLE (de) Alexis. *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France*. Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1845.

⁷ Antes da abolição final de 1848, a França revolucionária aboliu pela primeira vez a escravatura em 1794. Se os direitos civis fossem concedidos aos « libres de couleur », era na condição de continuarem como trabalhadores “livres” para trabalharem nas plantações. Caso contrário, os escravos caíram sob a vagabundagem que os excluiu da cidadania nas constituições revolucionárias. Ver URBAN, Yerri. *La citoyenneté dans l’empire colonial français est-elle spécifique?* (1era versão). Jus politicum. Revue de droit politique, Dalloz, 2015.

povo não é o ébrio habitual; povo não é a meretriz, não é o cáften, não é jogador, o vagabundo e o vadio. (GAZETA DE NOTÍCIAS, 1904, p. 3)

Os regimes republicanos e liberais no Brasil a partir de 1889, todos frágeis e de fraca legitimação no plano histórico e social, afastam o perigo da agora “livre raça”, reinvestindo por conta própria na organização racial das sociedades coloniais. Somam-se a isso a criação da figura do pobre, identificada por Dominique Kalifa em sua obra fundadora *Les Bas-Fonds* (2013), para resolver as tensões sociais nascidas nos centros urbanos. Um vasto movimento centrípeto é então organizado pelos poderes políticos para distanciar a massa dos *outcasts*, associados nos discursos e representações a um resíduo contaminado que deveria ser removido, seja por meio da deportação ou pelo confinamento, em suma, pela morte civil. Essas medidas não eram tratadas como vergonhosas, mas ao contrário, como um vasto empreendimento catártico, que deveria mobilizar a sociedade como um todo.

Se uma autoridade de tamanha intensidade e tão claramente ofensiva aos princípios universais fundadores das sociedades liberais pôde ser exercida até hoje – pelo menos no caso da prisão – é porque se apoiou e ainda se apoia em saberes legitimadores que deslocam a discussão política do exercício do contraditório para a unanimidade do respaldo científico. Nesse sentido, cientistas e médicos têm desempenhado um papel fundamental na construção das sociedades disciplinares da era industrial.⁸

Ao determinar as “medidas humanas” (ADAS, 1989), o corpo científico e, antes de mais nada, o médico na prisão e nas colônias, associaram o atavismo criminoso e a inferioridade racial a grupos sociais e étnicos. Essa essencialização criou obstáculos à emancipação pelo exercício da cidadania, limitando-os a um estatuto de menoridade legal⁹. O segundo princípio de ação elaborado pelos médicos é o forte risco contagioso associado a esses grupos sociais: sua concentração – nos *bas-fonds* metropolitanos como na cidade colonial – é percebida como fonte de produção de miasmas, perigosos para o *Homo europeneus*, nascido no vácuo dessas experiências segregativas em grande escala. Portanto, é aconselhável isolar-se e afastar-se.

Por fim, em oposição a essa metástase social, a população dominante, por ser saudável, deve se precaver contra qualquer risco de contágio com a população de

⁸ Tratando da persistência do racismo nas sociedades ocidentais, Claude Lévi-Strauss identificou claramente o poder sugestivo das fontes científicas de justificação da dominação. Cf. LÉVI-STRAUSS, *Race et histoire*. Paris: Folio essais, 1952.

⁹ As leis que excluem os vagabundos dos direitos civis, a instituição do livro de trabalho que controla a circulação da classe trabalhadora em muitos países europeus ou o condicionamento do direito de voto à alfabetização no Brasil são todas manifestações de uma cidadania fragmentada.

baixa extração. Esse aristocratismo renovado se traduz na regra segundo a qual o detido e o colonizado devem viver em condições piores do que os mais destituídos dos cidadãos livres.¹⁰ Em suma, o médico que estava anteriormente na retaguarda, recolhendo os mortos e feridos, deve agora estar na vanguarda "para prevenir infecções e epidemias". A epidemia, particularmente temida em ambientes prisionais, é o momento privilegiado para a classe médica exercer sua autoridade em seus atributos normativos e disciplinares. Neste sentido, o cenário pandêmico atual é oportuno para a observação do movimento institucional do Estado referente às prisões, através do qual é possível perceber, hodiernamente, ressonâncias de práticas e saberes que historicamente orientam as dinâmicas prisionais, lugares privilegiados para percepção da verdadeira índole governamental em relação aos seus cidadãos, quando não pertencentes a grupos socialmente favorecidos. São sobre estas perspectivas que se estrutura a reflexão proposta no tópico seguinte, trazendo o enfoque para o caso brasileiro.

2. CIDADANIA E CONTEXTO PRISIONAL BRASILEIRO DIANTE DA COVID-19

Partindo do pressuposto *arendtiano* de que cidadania é o “direito a ter direitos” (ARENDDT, 1989), é notório que a materialização da pena de prisão na vida de um indivíduo restringe em grande parte o escopo de acesso a estes direitos. Não obstante o Brasil, desde 1957, através da Lei nº 3274, tenha se posicionado de forma consonante com as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, elaboradas e adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado no ano de 1955 em Genebra – e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU) – promovendo, portanto, desde aquela época um discurso de proteção a dignidade do preso enquanto sujeito de direitos, discurso este que, posteriormente, seria reforçado pelo advento da Lei nº 7.210 de 1984 – a Lei de Execução Penal (LEP) – e da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o que se percebe na prática e, literalmente qualquer pessoa pressupõe isso, é que a dignidade da pessoa humana não está dentro das prisões.

A condição de apenado, diante do perverso contexto prisional brasileiro¹¹ – assim como, também, em outros países – emerge enquanto especial categoria de indivíduos

¹⁰ Georg Rusche definiu essa perspectiva como sendo o princípio de *less eligibility*, que orienta os movimentos de reforma das prisões. Cf. RUSCHE, Georg. RUSCHE, Georg. « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale ». *Déviance et société*, Genève, 1980, vol. 4, n. 3, p. 215-228.

¹¹ Neste sentido, assumindo histórico posicionamento institucional acerca do assunto, em 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF), após descrever a deplorável situação da população carcerária brasileira, decorrente de inúmeras violações de direitos fundamentais e humanos, assim como de diretrizes básicas previstas na LEP, concluiu que, definitivamente, diante deste cenário é impossível a almejada ressocialização, reconhecendo, portanto, Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

vulnerabilizados, exigindo, portanto, um olhar acurado em relação a seus direitos que embora positivados através dos discursos constitucional e humanitário, são inalcançáveis na prática, ao menos em boa parte deles. Neste sentido, oportuna a reflexão apresentada por Norberto Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos* (p. 37, 2004) quando considera que, justamente em razão da não eficácia de determinados direitos na prática, a própria existência destes direitos é passível de ser questionada, pois embora constituam um discurso normativo, carecem de mecanismos que garantam sua implementação, problematizando, assim, a instrumentalidade de seus predicados. A maior ou menor aderência destes direitos ou, em outras palavras, sua materialização – conforme exposto anteriormente – estará diretamente relacionada com os grupos sociais que pretenderem acessá-los.

No âmbito jurídico brasileiro, além das prerrogativas de tutela e promoção dos direitos das pessoas privadas de liberdade dispostas na CF/88 e na LEP, somam-se as prerrogativas do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), as quais estipulam as Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil (Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994) e determinam as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança (Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003).

No âmbito internacional, o Brasil é signatário dos principais tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; além das Regras de Mandela (que em 2015 atualizaram as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos da ONU, mencionadas anteriormente).

Portanto, não obstante os paradoxos que compõem as representações que a cidadania aglutina enquanto categoria, dada sua pluralidade semântica, é importante perceber a extensão da constelação de dispositivos nacionais e internacionais que se reúnem sob seu prisma, garantindo aos presos, ao menos no plano teórico, um vasto rol de direitos e garantias fundamentais.

Sob tais parâmetros – dignidade humana e cidadania –, portanto, que se constrói a noção de Direitos das Pessoas Presas, ou seja: a configuração normativa dos princípios, das garantias e dos direitos jurídicos destinados à preservação máxima da dignidade humana e da condição de cidadania plena das pessoas encarceradas sob sanção e tutela do Estado (ente de governança coletiva) (CHIES, p. 32, 2017).

Entretanto, apesar do verniz humanitário de discursos políticos que a todo instante evocam os conteúdos da cidadania enquanto manto protetor de seus signatários, a experiência empírica comprova, concomitantemente, que existem paradoxos não somente quanto a efetividade de tais promessas, como, também, na instrumentalização destas prerrogativas em razão da erosão de seus predicados.

Neste sentido, analisando o desempenho institucional brasileiro referente à sua gestão prisional durante a pandemia provocada pelo novo Coronavírus (COVID-19), cujas ações tiveram início a partir da publicação da Portaria Interministerial nº 7, do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Saúde¹², percebe-se desde então, que as orientações e diretrizes de atuação direcionadas aos operadores do sistema são irrealizáveis diante da realidade prisional brasileira. Orientações como isolamento, se possível, em cela individual ou através do uso de cortinas ou marcações no chão para delimitação de distância mínima entre os presos, ou mesmo outras mais simples, como disponibilização de meios para higienização das mãos, de forma constante, com água corrente e sabão contrastam flagrantemente com as características estruturais desumanas dos cárceres brasileiros, notoriamente desprovidos das mínimas condições de higiene e salubridade, a ponto de historicamente poder se afirmar, como assevera Ana Paula de Barcellos (2010, p. 45), que “o tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção”.

Não obstante a edição da Recomendação nº 62 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em março de 2020, a qual trouxe importante posicionamento do órgão acerca dos direcionamentos necessários para conter a disseminação do vírus nos ambientes penitenciário e socioeducativo, a não observância de suas recomendações tem-se comprovado a regra. Desse modo, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no mês de maio de 2020, no STF, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 684 – ainda pendente de julgamento – diante da inércia de muitos magistrados em acatarem as medidas da Recomendação do CNJ, dado seu caráter não vinculante, dentre as quais se incluem a revisão das decisões de internação e semiliberdade, reavaliação de prisões provisórias e concessão de saídas antecipadas dos regimes fechado e semiaberto¹³.

Além da morosidade do STF em posicionar-se favoravelmente ou não quanto ao comando jurisdicional determinando o cumprimento da Recomendação 62/2020, em contrapartida houve celeridade por parte do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em apresentar uma proposta que, naquele momento, fora considerada uma

¹² Publicada em março de 2020, dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro do mesmo ano, no âmbito do Sistema Prisional.

¹³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443378>

hipótese interessante para os gestores do órgão: o enclausuramento de pessoas consideradas mais sensíveis ao vírus em celas adaptadas em contêineres (compartimentos de carga). A proposição gerou indignação em diversas entidades governamentais e não governamentais, dentre elas Ministério Público Federal, Associação de Juízes para a Democracia (AJD) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), que rechaçaram a hipótese por considerarem cruel e atentatória aos direitos fundamentais dos presos, além de desrespeitar medidas internacionais¹⁴.

Não obstante o CNPCP ter derrubado a proposta do uso dos contêineres, por outro lado foi aprovada a flexibilização de normas referentes às estruturas arquitetônicas das prisões¹⁵, potencializando, portanto, a utilização de espaços precários para custódia de presos pertencentes ao grupo de risco da COVID-19¹⁶. A simples proposição daquela modalidade de cárcere escancara com nitidez a postura ideológica do Estado de manejo necropolítico da massa carcerária, destituída nos procedimentos administrativos prisionais dos direitos que em tese lhes garantiriam condições de cidadania e proteção de prerrogativas fundamentais básicas, o que agrava não somente o contexto de sobrevivência dos internos, como também dos demais servidores que atuam na execução penal e seus familiares.

A pandemia expôs de forma violenta o processo de vulnerabilização a que estão submetidas as pessoas privadas de liberdade em situação de encarceramento massivo. O caso brasileiro é bastante ilustrativo nesse sentido. A referida Recomendação n. 62/2020 do CNJ resultou em uma redução de 4% na população privada de liberdade. Conforme indicado na Tabela 1, o desencarceramento foi tímido e o sistema prisional seguiu em situação de superlotação (com mais de setecentos mil presos para aproximadamente quatrocentos e cinquenta mil vagas). De acordo com o Boletim sobre Contágios e Óbitos no Sistema Prisional e Socioeducativo do CNJ divulgado no dia 18 de janeiro de 2021, foram registradas 229 mortes provocadas pela COVID-19, sendo 130 presos e 99 servidores¹⁷. Já foram registradas 57.454 pessoas contaminadas pelo novo coronavírus, dos quais 43.799 presos e 13.655 servidores. No entanto, projeta-se que o número de casos confirmados assim como o de óbitos seja muito maior, pois em razão da subnotificação não refletem a realidade¹⁸.

¹⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/ministerio-justica-proibe-uso-conteiner-prisao>

¹⁵ Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-05/conselho-proibe-uso-de-conteineres-para-separar-presos-com-covid-19>

¹⁶ Resolução nº 5, de 15 de maio de 2020 do CNPCP.

¹⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Monitoramento-Casos-e-%C3%93bitos-Covid-19-20.1.21-Info>

¹⁸ De um total de aproximadamente 760 mil pessoas privadas de liberdade no Brasil, de acordo com os últimos dados do CNJ referentes ao mês de janeiro de 2020, somente 178.526 haviam sido testadas para a COVID-19.

O desencarceramento foi desestimulado pelo DEPEN, que não entendia ser alarmante a situação dos presidiários brasileiros frente à pandemia (RELATORIO, 2020). No lugar dessa medida, o departamento incentivou outras, como a suspensão imediata das visitas às pessoas presas, impedindo que familiares, amigos e organizações de auxílio material, jurídico e espiritual seguissem com seus trabalhos de apoio. Ainda que a medida de distanciamento social seja inquestionável como estratégia para diminuir a velocidade de propagação do vírus, para as pessoas privadas de liberdade isso acarreta consequências graves, gerando um recrudescimento das já precárias condições de sobrevivência e de efetivação de direitos. De acordo com Sylvia Dias, Assessora Jurídica Sênior da Associação para a Prevenção da Tortura no Brasil (APT-BR),

[...] as famílias cumprem outro papel vital, que é o de prover meios mínimos de subsistência material dentro das unidades. Comumente, são as famílias e aqueles e aquelas que visitam que provêm insumos mínimos de subsistência, os quais o Estado não fornece (ainda que este seja o seu dever e responsabilidade). Além da alimentação, são frequentemente os e as familiares que se encarregam de prover comida, medicamentos, itens de higiene e roupas. Em muitas unidades, esses provimentos, ou “jumbos”, recebidos pelos e pelas familiares representam a própria sobrevivência do interno em contextos nos quais se deparam com a ausência de simplesmente tudo e onde o acesso a artigos de primeira necessidade, que pareceria um ato cotidiano e simples, se converte num obstáculo real e intransponível. (RELATORIO, 2020, p. 64)

A total incomunicabilidade entre as pessoas presas e seus familiares e redes de apoio foi uma realidade para 75% delas, entre março e novembro de 2020. No lugar de aprimorar na comunicação remota (telefone, internet), optou-se, por exemplo, por investir na compra de armamentos para conter possíveis movimentos de fuga e rebelião que a acentuada precarização viria a desencadear.¹⁹ O DEPEN anunciou em maio de 2020 o investimento de aproximadamente 20 milhões de reais na compra de armas não letais (granadas de efeito moral, sprays de pimenta, balas de borracha) (*Último Segundo*, IG, 28 mai. 2020). O sistema prisional brasileiro buscou, assim, blindar-se tanto de possíveis reações internas (dos presos) às medidas de contenção, quanto dos olhares externos, de familiares e sociedade civil organizada. A

¹⁹ Esses movimentos de fato ocorreram. Como reação às restrições de convívio, acesso à recursos externos ao cárcere e à comunicação com familiares, advogados e organizações de defesa dos direitos dos presos e de prevenção e combate à tortura, “en distintos países del mundo se desencadenaron motines, huelgas de hambre y otras protestas. Algunas de las más resonantes acontecieron en Brasil y culminaron con la extraordinaria fuga de “al menos” (según los portales de noticias) 1.350 presos de tres cárceles del estado de San Pablo: 926 se evadieron de Mirandópolis –¿la fuga más grande la historia? –, alrededor de 400 de Mongaguá y 30 de Taubaté”. (ALVO, 2020, p. 124)

invisibilidade social da população privada de liberdade, que também se manifesta em sua invisibilidade jurídica, foi agravada na pandemia e resultou em um aumento dos casos de tortura nas prisões em 2020 (90 ocorrências entre 15 de março e 31 de outubro) quando comparado com aqueles apurados em 2019 (55 ocorrências) e 2018 (44 ocorrências) (RELATORIO, 2020, p. 29). Esses dados, coletados pela Pastoral Carcerária Nacional, correspondem apenas às denúncias formalizadas nas instituições de Justiça, uma vez que a restrição do contato dos agentes da Pastoral com os presos e seus familiares criou também obstáculos para o reconhecimento público de casos de tortura.

O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), junto com os Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura (MECPT) também não puderam realizar, ao longo de meses, as visitas de inspeção nas instituições de privação de liberdade²⁰. Ao longo de cinco a seis meses o monitoramento das prisões, penitenciárias e cadeias foi realizado de forma remota (telefone e internet), dificultando ainda mais o já deficiente controle externo sobre esses espaços. É importante frisar que o atual Presidente da República Federativa do Brasil é um ideólogo da mais recente ditadura militar (1964-1985) e apologista pró-tortura. Ainda em seu primeiro ano de governo, 2019, ele assinou decreto extinguindo o MNPCT, exonerando todos os seus servidores (BOLDRINI, 2019). À época, o poder Judiciário suspendeu o decreto, mas os servidores não só tiveram sua remuneração interrompida como perderam todo o apoio formal do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, ao qual o Mecanismo está vinculado. Diante desse quadro, agravado pela pandemia, o Mecanismo encontrou grandes dificuldades no monitoramento das prisões, com destaque para a “ausência de informações, fragilidade ou ausência de políticas públicas, falta de política de gestão e transparência das informações e subnotificação de informações” (MNPCT, 29 jun. 2020).

A impermeabilidade das práticas institucionais nas prisões às mudanças, entre elas a tortura estruturante das relações sociais no interior da comunidade prisional, de que já nos falava Sérgio Adorno em seu “itinerário de pesquisa”, foi, sem dúvida, reforçada pela pandemia da COVID-19 (ADORNO, 1991). Luan Cândido, 40 anos, estudante de jornalismo, um dos poucos beneficiados com o semiaberto durante a pandemia, saiu da cadeia no dia 27 de julho de 2020, revela bem em suas palavras o significado da *pandemia da tortura* que se vive na prisão: “todos os dias alguém é

²⁰ Esse Mecanismo integra o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, instituído pela Lei nº 12.847, sancionada no dia 2 de agosto de 2013. Formado por 11 especialistas independentes, o Mecanismo tem acesso irrestrito às instalações de privação de liberdade, estabelecimentos penais, hospitais psiquiátricos, abrigos, instituição socioeducativa e até a centros militares de detenção disciplinar. Sua criação é resultado de compromisso internacional assumido pelo Brasil em 2007, com a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas – ONU.

agredido ou espancado pela instituição prisional e não há registros dessas torturas, da gravidade e da profundidade delas, porque elas passam impunes, são aceitas” (RELATORIO, 2020, p, 49). Assim, a realidade prisional brasileira quanto ao enfrentamento do vírus corrobora uma perspectiva de estado que reitera, não obstante o discurso normativo humano-dignificante, práticas segregativas e políticas de morte que reedificam seu passado colonial a partir de uma postura que estabelece, através da miragem de boas intenções, o tratamento institucional não cidadão de indivíduos cronicamente considerados “menos humanos”.

3. BREVE GIRO INTERNACIONAL SOBRE OS IMPACTOS DA COVID-19 NAS POPULAÇÕES PRISIONAIS DIANTE DA POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO

A população prisional no mundo chegou, em 2020, a aproximadamente onze milhões de indivíduos, em sua imensa maioria pobres e vulnerabilizados tanto fisicamente quanto psicologicamente. Desde o início da pandemia da COVID-19, cerca de meio milhão de presos no mundo foram beneficiados com diferentes formas de flexibilização de suas penas de prisão, podendo voltar para casa, em um esforço de contenção da circulação do novo coronavírus nas instituições prisionais. Aqueles que ficaram nas prisões, no entanto, assistiram ao recrudescimento das condições excepcionais já enfrentadas no cotidiano: privação da circulação, do acesso a recursos básicos necessários à saúde (como água), do contato com os familiares e outros visitantes e, para muitos, privação do próprio direito à vida, como se atesta pelos números de mortos que veremos a seguir. A superpopulação nas prisões em todo o mundo e, em particular, na América Latina é considerado o principal obstáculo a qualquer medida de contenção da pandemia nos cárceres.

A taxa de ocupação dos cárceres latino-americanos ultrapassa os 150% para cerca de 40% dos sistemas penitenciários da macrorregião. Apenas 25% desses sistemas apresentam taxa inferior a 100%. Esses dados, publicados em junho de 2020 no relatório *Los efectos del coronavirus en las cárceles de Latinoamérica* (SOCLA; CELIV, 2020), indicam que a garantia dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade está longe de ser uma realidade. Diante do avanço da pandemia da COVID-19, uma das medidas recomendadas foi justamente a do desencarceramento de pessoas, com o objetivo de prevenir o contágio, reduzir o risco de ocorrência de outras doenças e evitar a sobrecarga dos sistemas de saúde. A tabela a seguir apresenta os dados relativos à movimentação da população prisional em alguns países dos quatro maiores continentes do mundo. Consideramos a variação correspondente apenas aos casos de soltura justificados como forma de prevenção à propagação do novo coronavírus.

Tabela 1: População prisional durante a pandemia de COVID-19

	Países	População prisional pré-COVID-19	População prisional durante a pandemia de COVID-19	Variação em %	Capacidade oficial do sistema (número de vagas)
América	Estados Unidos	2.211.996	1.961.748	-11%	2.150.000
	Brasil	755.274	719.600	-4,64%	442.349
	Argentina	103.000	101.800	-1%	77.678
África	Argélia	65.000	60.000	-7,6%	68.317
	Moçambique	21.000	15.798	-38%	8.498
	África do Sul	154.437	114.100	-27%	118.572
Europa	França	72.422	58.926	-19%	60.654
	Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)	83.329	79.443	-4,7%	75.792
	Alemanha	63.852	55.525	-13%	73.193
	Turquia	286.000	184.000	-35%	233.194
Ásia	Irã	189.500	104.500	-45%	150.000
	Índia	478.600	417.500	-13%	403.739
	China	2.360.000	2.360.000	-0%	

Fonte: Elaborado pelos autores ²¹

²¹ World Prison Brief (<https://www.prisonstudies.org>); FRANCO-PAREDES, Carlos; GHANDNOOSH, Nazgol; LATIF, Hassan; KRSAK, Martin; HERNAO-MARTINEZ, Andres F.; ROBINS, Megan; BARAHONA, Lilian Vargas; POESCHLA, Eric M. "Decarceration and community re-entry in the COVID-19 era". In: *The Lancet Infectious Diseases*, vo. 21, Issue 1, e11-e16, January 01, 2021 ([https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30730-1](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30730-1)); 2ª Edição Monitoramento CNJ – COVID-19, Efeitos da Recomendação n. 62/2020, 19-29 maio de 2020 (<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/monitoramento-cnj/>); *World Prison Brief*, consulta em janeiro/2021 (<https://www.prisonstudies.org/country/argentina>); ALVO, L. G. "Sobre los descensos de la población encarcelada en la Argentina. Algunas observaciones desde la historia de la prisión". In: *Revista de Historia de las Prisiones*, no10 (Enero-Junio 2020) (<http://www.revistadeprisiones.com>); CRÉTOIS, J.; KAMEL, Mourad. "De Rabat à Tunis, le coronavirus fait monter la tension dans les prisons", (<https://www.jeuneafrique.com/918788/politique/de-rabat-a-tunis-le-coronavirus-fait-monter-la-tension-dans-les-prisons/>); JUNIOR, Francisco. « COVID-19: Mais de cinco mil reclusos moçambicanos em liberdade para evitar a propagação » (<https://www.voaportugues.com/a/covid-19-mais-de-cinco-mil-reclusos-mo%C3%A7ambicanos-em-liberdade-para-evitar-a-propaga%C3%A7%C3%A3o-5366737.html>); GONZALÉZ, Paule. "Prisons: cette circulaire qui entend brider les incarcérations". In: *Le Figaro*, 26 mai 2020 (<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/prisons-la-circulaire-qui-entend-brider-les-incarcerations-20200526>); Frieder Dünkel (2020) The Impact of Covid-19 on Prisons and Penal Policy in Germany, *Victims & Offenders*, 15:7-8, 1113-1123, DOI: 10.1080/15564886.2020.1813230; Pauline K. Brennan (2020) Responses Taken to Mitigate COVID-19 in Prisons in England and Wales, *Victims & Offenders*, 15:7-8, 1215-1233, DOI: 10.1080/15564886.2020.1832027; Aebi, M. F. & Tiago, M. M. (2020). *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the short-term impact of the COVID-19 on prison populations*. Strasbourg: Council of Europe; MOURENZA, André. "Turquia liberará a 90.000 reos debido al

As solturas realizadas como parte das medidas de prevenção à disseminação do novo coronavírus nas prisões dos países indicados na tabela, ocorreram entre os meses de março e maio de 2020. É necessário ponderar que esses números não abrangem, portanto, medidas posteriores, adotadas por exemplo durante a “segunda onda” da COVID-19, iniciada entre os meses de outubro e dezembro na Europa e nas Américas. No entanto, é relevante notar que em alguns países (Brasil, Argentina, Moçambique, Reino Unido e Índia) as medidas de desencarceramento foram insuficientes no sentido de desafogar a capacidade do sistema prisional. Já em outros (Estados Unidos, Argélia, África do Sul, França, Alemanha, Turquia e Irã) o desencarceramento possibilitou reduzir o volume de pessoas encarceradas para um nível inferior ao número de vagas disponíveis em seus respectivos sistemas prisionais.²²

Embora a medida do desencarceramento seja essencial na prevenção contra a COVID-19, ela não foi suficiente para impedir a difusão do novo vírus entre as populações privadas de liberdade.²³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto neste artigo, evidencia-se que as consequências oriundas da pandemia da COVID-19 no contexto prisional brasileiro estabelecem um *continuum* punitivo perante o qual padece cronicamente a população encarcerada. A superlotação, em um momento em que é imprescindível assegurar o distanciamento físico entre os internos, além dos normalmente inexistentes cuidados médicos disponíveis aos presos e implementação de medidas de suspensão de visitas familiares – estas sim, efetivadas satisfatoriamente – mitigando a conexão destes indivíduos com o mundo exterior, são sintomas inequívocos do perverso cenário penitenciário mundial agravado pela pandemia. Por outro lado, considerando as tímidas iniciativas de desencarceramento, é reproduzida a desigualdade social endêmica, pois quem possui melhores conexões políticas, econômicas e sociais são os que se beneficiam em detrimento dos demais.

coronavirus, pero no a los presos por motivos políticos”. In: *El país*, 14 abr. 2020 (<https://elpais.com/internacional/2020-04-14/turquia-liberara-a-90000-reos-debido-al-coronavirus-pero-no-a-los-presos-por-motivos-politicos.html>); ESPINOSA, Ángeles. “Los permisos penitenciarios por el coronavirus llegan a 85.000 en Irán”. In: *El país*, 17 mar. 2020 (<https://elpais.com/sociedad/2020-03-17/los-permisos-penitenciarios-por-el-coronavirus-llegan-a-85000-en-iran.html>); Spencer D. Li & Tzu-Hsuan Liu (2020) Correctional System’s Response to the Coronavirus Pandemic and Its Implications for Prison Reform in China, *Victims & Offenders*, 15:7-8, 959-969, DOI: 10.1080/15564886.2020.1824159.

²² Vale enfatizar que o caso chinês se destaca por seu caráter *sui generis*. Além de não termos informações oficiais a respeito da capacidade do sistema prisional da China, esse foi um dos poucos países (talvez o único) a não adotar o desencarceramento como medida preventiva contra a pandemia de COVID-19.

²³ Gregory Hooks e Wendy Sawyer mostraram, em pesquisa publicada em dezembro de 2020, que 566.804 casos de infecção pelo novo coronavírus nas prisões dos EUA, entre maio e agosto de 2020, foram resultado direto do encarceramento em massa e da má gestão da pandemia no país de modo geral. Cf. HOOKS, G.; SAWYER, W., 2020.

260 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

Neste sentido, o pensamento abissal demarca a reprodução de uma linha que segrega cidadãos de “não cidadãos”, onde as pessoas privadas de liberdade, em sua maioria racializadas e com poucos recursos econômicos, constituem destacado grupo do lado da linha dos que não merecem ter acesso a uma melhor qualidade de vida. Isto justifica-se através da lógica da “ortopedia moral”, de disciplinar pessoas provenientes de grupos socialmente discriminados – classe socioeconômica ou raça – que através dessa tecnologia prisional são mantidas separadas por não fazerem parte de um ideal de povo. E, por meio dessa fórmula reducionista, também se define quem deve estar integrado e quem deve ficar de fora, quem pode viver e quem deve morrer.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. “A prisão sob a ótica de seus protagonistas. Itinerário de uma pesquisa”. *Tempo Social*; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 3(1-2): 7-40, 1991.

ALVO, Luis González. “Sobre los descensos de la población encarcelada en la Argentina. Algunas observaciones desde la historia de la prisión”. In.: *Revista de Historia de las Prisiones*. Nº10 (Enero-Junio 2020).

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, maio/ago. 2010. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>. Acesso em: 03/01/2021.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLDRINI, Angela. “Justiça suspende decreto de Bolsonaro que exonerou peritos de mecanismo de combate à tortura”. In: *Folha de São Paulo*, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/08/justica-suspende-decreto-de-bolsonaro-que-exonerou-peritos-de-mecanismo-de-combate-a-tortura.shtml>. Acesso em 21/01/2021.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **I estudos empíricos em direito: semeando liberdades**. SOUZA, Aknaton Toczek; PIRES, Guilherme Moreira; MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de.; SILVA, Thayan Gomes da (orgs). 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2017.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistema de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em 02/01/2021.

CNCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). **Resolução nº 05, de 15 de maio de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Extraordinárias e Específicas para Arquitetura Penal, destinadas para o enfrentamento da disseminação do novo Coronavírus (2019-nCoV) no âmbito dos estabelecimentos penais. Disponível em: <https://www.gov.br/dependen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/resolucoes-2020-1/resolucao-no-05-de-15-de-maio-de-2020.pdf/view>. Acesso em 03/01/2021.

COOPER, Frederick, STOLER, Ann Laura. **Repenser le colonialisme**. Paris: Payot, 2013.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para além do pensamento abissal**, das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos*, 79, novembro 2007.

FOUCAULT Michel. **Surveiller et punir**. Paris: Gallimard, 1975.

Gazeta de Notícias, Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1904. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/103730_04/8960>. Acesso em: 29/01/2021.

HOOKS, G; SAWYER, W. “Mass incarceration, COVID-19, and Community Spread”, in: *Prison policy initiative*, dez., 2020. Disponível em: <<https://www.prisonpolicy.org/reports/covidspread.html>>. Acesso em: 29/01/2021.

KALIFA, Dominique. **Les Bas-Fonds**. Paris: Seuil, 2013.

Los efectos del coronavirus en las cárceles de Latinoamérica. (2020) Sociedad de Criminología Latinoamericana (SOCLA); Centro de Estudios sobre Inseguridad y Violencia (CELIV/UNTREF). Junio 2020. Disponível em: <<https://criminologialatam.wordpress.com/2020/06/12/efectos-del-covid-19-carceles-de-latino-america/>>. Acesso em: 20/01/2021.

MNPCT, 29 jun. 2020. **MNPCT apresenta Informe de monitoramento da implantação das Recomendações sobre o novo coronavírus em todo brasil nos espaços de privação de liberdade**. Disponível em: <<https://mnpctbrasil.wordpress.com/2020/06/29/mnpct-apresenta-informe-de-monitoramento-da-implantacao-das-recomendacoes-sobre-o-novo-coronavirus-em-todo-brasil-nos-espacos-de-privacao-de-liberdade/>>. Acesso em: 24/01/2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA E MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>>. Acesso em : 03/01/2021.

PIOT Charles. **Isolément global**. La modernité du village au Togo. Paris: Karthala, 2008.

PSOL pede providências para evitar disseminação da Covid-19 no sistema carcerário. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443378>>. Acesso em: 02/01/2021.

Registro de Contágios e Óbitos. CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Monitoramento-Casos-e-%C3%93bitos-Covid-19-20.1.21-Info>>. Acesso em: 24/01/2021.

RELATORIO: a pandemia da tortura no cárcere – 2020. Pastoral Carcerária, 2021. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio_2020_web.pdf>. Acesso em: 23/01/2021.

RODRIGUES, Alex. Conselho proíbe uso de contêineres para separar presos com covid-19. **Agência Brasil**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-05/conselho-proibe-uso-de-containers-para-separar-presos-com-covid-19>>. Acesso em: 03/01/2021.

Último Segundo, Portal IG, 28 mai. 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2020-05-28/depen-preve-rebelioes-por-covid-19-e-deve-gastar-r20-milhoes-em-armamento.html>. Acesso em: 24/01/2021.

VALENTE, Fernanda. Ministério da Justiça proíbe uso de contêiner como prisão. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/ministerio-justica-proibe-uso-container-prisao>>. Acesso em: 03/01/2021.

COVID-19 E DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES:

dos danos sociais às experiências e atuações
na proteção de direitos

*Bruno Rotta Almeida
Rafaela Peres Castanho
Rafaella Soares Fraga*

COVID-19 E DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES: dos danos sociais às experiências e atuações na proteção de direitos

Bruno Rotta Almeida¹
Rafaela Peres Castanho²
Rafaella Soares Fraga³

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são, na teoria, considerados como juridicamente universais, garantias primárias asseguradas a todos os cidadãos. Entretanto, ao observar a realidade fática e social de diversos países, conclui-se que muitos grupos da sociedade sequer possuem acesso a esses direitos tidos como universais, e isso fica ainda mais evidente em ambientes de privação de liberdade.

Por sua vez, o panorama da pandemia de Covid-19 faz emergir, ainda mais intensamente, variados eventos que afetam a dignidade humana das pessoas, os quais podem ser qualificados como danos sociais. Muitos desses danos dizem respeito à inefetividade dos direitos sociais mais básicos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, as informações penitenciárias apontam para um Estado deficiente e violador de direitos fundamentais e sociais nas prisões.

O contexto pandêmico possui altíssimo potencial de agravar a produção de danos sociais expressivos, causando grande impacto nas unidades penais brasileiras, na medida em que amplifica as condições estruturais degradantes já existentes no país e caracterizadas pela superlotação e pelo hiperencarceramento em massa. Ainda, a vulnerabilidade de grupos sociais reproduz vitimizações estruturais e indica uma contínua gramática de seletividade e exclusão social.

¹ Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-Doutorado em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Coordenador do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Integrante do Libertas – Punição, Controle Social e Direitos Humanos. Advogada.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Integrante do Libertas – Punição, Controle Social e Direitos Humanos. Advogada.

Diante disso, o artigo pretende abordar o impacto da Covid-19 nos direitos sociais das pessoas privadas de liberdade, como também as experiências e atuações de instituições e organizações na defesa desses direitos. A pesquisa está delimitada à conjuntura brasileira, e utiliza método dedutivo, pesquisa bibliográfica e consulta a dados e informações sobre a questão prisional e os direitos humanos durante a pandemia. O trabalho está dividido em três capítulos. Inicialmente, analisa os direitos sociais no âmbito de privação de liberdade. Após, indica os danos sociais diante da violação dos direitos sociais nas prisões em tempos de pandemia. Por fim, indica importantes experiências e atuações de instituições e organização na defesa e proteção de direitos.

1. DIREITOS SOCIAIS E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Os direitos sociais, econômicos e culturais, diferenciam-se dos direitos civis e políticos, pois caracterizam-se por terem uma estrutura que obriga o Estado a fazer algo positivo e a prestar alguma obrigação aos cidadãos. Por esse motivo que eventualmente são denominados de “direitos-prestação”. Segundo Abrahmovich (2005, p. 198), “os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam por envolver um amplo espectro de obrigações estatais”. Ou seja, são de alta complexidade, pois além de representarem naturalmente obrigações positivas por parte do Estado, podem, ainda, eventualmente abranger uma atitude negativa estatal.

Em razão de haver um rol amplo e taxativo de direitos sociais a serem prestados pelo Estado, através da Constituição Federal, visualiza-se a possibilidade de buscar a existência do direito/garantia a um mínimo existencial.

No Brasil, não há um consenso sobre a delimitação do que constitui o mínimo existencial, indispensável a uma vida digna. A ideia de mínimo existencial coincide com a dos direitos fundamentais e sociais, considerados em sua dimensão essencial, inalienável e existencial. Importante destacar que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um “mínimo dos mínimos”, mas sim, deve corresponder ao conjunto de prestações que garanta a existência do indivíduo enquanto ser humano com dignidade (SARLET; ROSA, 2015).

Trata-se, portanto, de um princípio que compreende a necessidade de resguardar as condições mínimas de sobrevivência para o indivíduo e garantir a preservação da vida, garantindo o básico, por exemplo, dos direitos sociais. O mínimo existencial contempla o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e abrange direitos como a educação, a saúde, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça – ou seja, alguns dos direitos sociais (SARLET; ROSA, 2015, p. 227).

Fato é que, em que pese não haver um consenso sobre quais direitos e o que está contemplado na ideia de mínimo existencial no Brasil, há de se considerar que abrange um mínimo vital ou fisiológico, como também um mínimo sociocultural, isso porque está relacionado a uma interpretação baseada na conjunção do direito à vida com a dignidade da pessoa humana e suas dimensões e exigências (SARLET; ROSA, 2015, p. 238).

Ocorre que a implementação de direitos econômicos, sociais e culturais depende de atividades de planejamento, previsão orçamentária e implementação atinentes às competências do poder público (ABRAMOVICH, 2005, p. 203). Na prática, é notório observar uma violação dos direitos sociais ante a sua não promoção, justificada muitas vezes pela falta de verba orçamentária.

Ao observar a realidade fática dos grupos marginalizados da sociedade, como, por exemplo, a população privada de liberdade, observa-se uma situação de vulneração e violação ainda mais evidente, mesmo diante da previsão legal no ordenamento jurídico nacional da garantia dos direitos sociais às pessoas presas.

A Constituição Federal, de 1988, prevê, em seu artigo 6º, a educação, a saúde, o trabalho e a proteção à maternidade e à infância, entre outros, como sendo direitos sociais. Tais direitos devem ser garantidos a toda e qualquer pessoa, inclusive as que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade, eis que são reafirmados na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), a qual conta com uma seção destinada à assistência à saúde e outra à assistência educacional, bem como um capítulo somente direito ao trabalho, e dispositivos sobre direito à maternidade.

No que tange ao direito social à saúde, o país ainda conta com a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), instituída por meio da Portaria Interministerial nº 1 de 2014, que objetiva garantir o acesso das pessoas privadas de liberdade ao Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2014).

Referente à educação e ao trabalho, apesar de ganharem tratamento como benefícios e não direitos dos presos, as normas preveem assistência material, bem como profissionais qualificados para aplicabilidade e efetividade dos referidos direitos (BRASIL, 2019b).

Quanto ao direito social de proteção à maternidade e à infância, a Lei 13.769, de 2018, incluiu o parágrafo terceiro ao artigo 112 da Lei de Execução Penal, com o fim de garantir à mulher mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência um regime especial de progressão da pena privativa de liberdade (BRASIL, 2018). No mesmo sentido, a referida lei incluiu o artigo 318-A no Código de Processo

Penal, garantindo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em casos de mulher gestante, com filho ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência (BRASIL, 2018).

Importante destacar, ainda, que o Brasil é país signatário de diversas convenções, como as Regras de Bangkok e as de Mandela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como é estado-parte do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais garantem proteção especial aos presos e presas.

Então, além da previsão em âmbito nacional sobre os direitos sociais, o Brasil ainda está adstrito ao Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, que tem como ideal, além de romper a cultura autoritária das regiões, promover o pleno respeito aos direitos humanos, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. (PIOVESAN, 2016)

Os instrumentos internacionais são de suma importância para possibilitar o auxílio à efetivação dos direitos sociais. Tem-se como exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica. Essa convenção não se limita a taxar especificamente quais os direitos sociais devem ser prestados pelos Estados, mas determina que estes deve alcançar a plena realização dos direitos, através de medidas legislativas nacionais e internacionais, endossando a importância da aplicação dos direitos sociais e enfatizando a necessidade de haver sempre uma progressividade em relação a esses direitos. (PIOVESAN, 2016)

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é outro instrumento que impõe a ampla proteção aos direitos sociais, tratando-se também de um documento internacional ratificado pelo Brasil, demonstrando a importância das proteções internas e internacionais sobre o assunto.

Assim, conclui-se que o país possui um amplo sistema normativo de proteção às pessoas que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade, assegurando e garantindo o respeito e a inviolabilidade dos mais diversos direitos sociais.

2. COVID-19 E DANOS SOCIAIS: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NAS PRISÕES BRASILEIRAS

Em tempos de pandemia, é necessário observar o amplo espectro de eventos que afetam a dignidade humana das pessoas, qualificando-se como danos sociais, e atrelados à inefetividade dos direitos sociais mais básicos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Para Boaventura de Sousa Santos, as pandemias demonstram um modo cruel de incapacitação do Estado pelo capitalismo neoliberal para lidar com as emergências (SANTOS, 2020, p. 28).

Como danos sociais, pode-se exemplificar a falta de alimentação básica, exposição a variadas formas de perigo, a inadequação de moradia, a falta de acesso à saúde, educação e trabalho, dentre outros. Os danos sociais podem ser físicos, sexuais, econômicos, financeiros, emocionais, psicológicos e que afetam a seguridade social de cidadãos homens e mulheres. Esses danos podem possuir subdivisões, como os danos econômicos e financeiros, a pobreza, o desemprego e seus efeitos sociais, assim como a perda de dinheiro e perda de propriedades. Os danos sociais não se distribuem aleatoriamente, mas sim recaem de forma mais gravosa entre os jovens, pobres e sobretudo sobre as mulheres (SARMIENTO, 2014).

Quando se trata da pandemia de Covid-19, percebe-se que o contexto pandêmico pode agravar a situação referente a danos sociais. Em meio a essa realidade, existe uma cruel pedagogia do vírus, como apontado por Boaventura de Sousa Santos (2020), pois a situação torna mais vulnerável um vasto grupo que já sofria discriminações em período anterior à pandemia.

Destaca-se, nesse sentido, a situação catastrófica vislumbrada nos presídios brasileiros, amplificada pela superlotação e pelo hiperencarceramento em massa. A vulnerabilidade de grupos subalternizados à pandemia da Covid-19 reproduz vitimizações estruturais, como racismo, sexismo e desigualdade social, as quais caracterizam a seletividade penal no país (PIMENTEL, 2020). O contexto contemporâneo de crise de coronavírus reflete a gramática desumana nas prisões, potencializada pela situação de mortalidade e exposição ao risco de morte da população prisional e do pessoal penitenciário (ALMEIDA; CACICEDO, 2020)

As informações penitenciárias apontam para um estado deficiente e violador de direitos fundamentais e sociais. O ambiente prisional se compõe em um cenário de vitimizações sistemáticas e habituais. De acordo com Eugenio Raul Zaffaroni (2001, p. 135), a prisão é uma instituição que se comporta enquanto uma verdadeira máquina deteriorante.

O Brasil conta com a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 800 mil pessoas privadas de liberdade, com um *déficit* de vagas em torno de 300 mil. Dessa forma, a pandemia causada pelo coronavírus serve como um agravante à situação desumana e cruel vivenciada pelas pessoas presas. O ambiente superlotado e insalubre é fator determinante para a contaminação nos estabelecimentos penitenciários e, conseqüentemente, violação dos direitos sociais dos presos.

Em relação ao direito à saúde, embora o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha divulgado recomendações de protocolos a serem adotados dentro das prisões, não há, sequer, “ventilação adequada, acesso à água para a realização da limpeza pessoal e dos espaços, distribuição de itens básicos de higiene, suporte de medicamentos nem alimentação nutricional adequada” (BRASIL, 2020e, p. 03).

Tudo isso acarreta um ambiente favorável à proliferação não só de Covid, como de outras doenças virais. Dados revelam que a tuberculose tem trinta vezes mais incidência dentro das prisões (FIOCRUZ, 2007). Além disso, 30% das penitenciárias não possuem assistência médica (FABRINI; FERNANDES, 2020), o que pode apontar um aumento da quantidade de pessoas em situação de risco, como também da taxa de letalidade dentro do ambiente carcerário (PAULUZE, 2020).

Em relação à testagem dos presos, o Departamento Penitenciário Nacional informou que realizou, até fevereiro de 2021, 245.465 testes, sendo 62.351 casos confirmados e 253 óbitos registrados. Desse total, 46.901 casos diziam respeito a pessoas presas, e 15.450 estavam relacionados a servidores (BRASIL, 2020e). Esse dado revela a baixa quantidade de testes realizados no ambiente carcerário, que compreende não só as pessoas presas, como os profissionais de saúde e agentes penitenciários.

Outro grave problema está relacionado ao direito social à educação, pois, em decorrência da suspensão das visitas na maioria das penitenciárias (BRASIL, 2020e), as atividades educacionais também foram suspensas, gerando, além de ócio, impossibilidade de remir a pena através do estudo (TARASIUK, 2020). As medidas de afastamento social e impedimento de aglomerações de pessoas, como forma de diminuir a disseminação do coronavírus e evitar o colapso do Sistema de Saúde, promoveram a interrupção das atividades educacionais, dentro e fora dos ambientes prisionais, como também a suspensão de ministração de cursos profissionalizantes em diversos estados da Federação e no Distrito Federal.

Em relação às atividades laborais, no mês de abril de 2020, foram divulgados dados acerca das produções feitas pelas pessoas presas, como máscaras, material de higienização, uniformes e itens hospitalares, dentre os quais destacam-se roupas, lençóis, gorros etc. (BRASIL, 2020f). A produção varia de acordo com os insumos repassados às penitenciárias e pode ser destinada tanto para as próprias unidades prisionais, quanto para entidades hospitalares, polícia militar, bombeiros e, até mesmo, para venda a empresas privadas. Tais informações demonstram o ajuste na atividade laboral em contexto de pandemia.

Observa-se uma grande ruptura no contato e na convivência dos presos com suas famílias, incluindo as mães em relação aos filhos – violando, inclusive, o direito social de proteção à maternidade e à infância. A perda do contato físico e a impossibilidade do contato virtual ou telefônico gera a ruptura de muitos laços afetivos e é causa de um demasiado sofrimento nas famílias dos apenados que, em muitos casos, sequer sabem se ainda estão vivos.

A pandemia agravou a persistente situação de violação de diversos direitos sociais, os quais já se encontravam vulnerados nos espaços prisionais. O atual contexto

de pandemia exhibe uma situação ainda mais desumana, pois a manutenção das pessoas presas em situação de risco nas prisões pode resultar em violações ainda mais graves não só aos direitos sociais, mas também aos direitos individuais, como a vida, e a integridade física, corporal e psíquica.

3. EXPERIÊNCIAS E ATUAÇÕES NA PROTEÇÃO DE DIREITOS

Poucas medidas foram tomadas a fim de evitar o alto índice de contaminação pela Covid-19 nos estabelecimentos penitenciários. Destaca-se a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com previsão, inclusive, de liberação de pessoas contidas em grupos de risco, bem como aquelas que se encontram aptos a cumprirem pena em regime mais brando.

Entretanto, tais medidas não foram suficientemente acatadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros, nem pelas Cortes superiores. Nos primeiros quatro meses de vigência da Recomendação, em torno de 30 mil pessoas presas haviam sido atingidas pelas medidas de reavaliação de prisões provisórias e regime de cumprimento de pena (FALCÃO; VIVAS, 2020). Considerando os requisitos e os grupos de risco previstos na normativa do CNJ, a liberação poderia ter atingido um número muito maior de pessoas presas, como mulheres gestantes, mães e responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, idosos, enfermos e também pessoas presas em celas superlotadas. Ainda, importante referir a tramitação do Projeto de Lei nº 1331/20, que proíbe a concessão de liberdade provisória ou de prisão domiciliar motivada pelos efeitos da Covid-19 no Brasil (BRASIL, 2020a).

Por sua vez, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) vem demonstrando tímida atuação no desenvolvimento de ações, propondo visitas virtuais de familiares, bem como a criação da iniciativa Todos pela Saúde, com a doação de máscaras e insumos para produção de material pelos próprios presos, e a distribuição de testes para detecção da Covid-19 no sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2020c).

Diante desses obstáculos, mostra-se necessário indicar a potente e relevante atuação de outros sujeitos, como universidades, sociedade civil, e defensorias, na promoção de políticas públicas a fim de proteger os direitos sociais das pessoas presas. As organizações da sociedade civil, as universidades e também as defensorias públicas podem exercer um papel fundamental na potencialização dos direitos fundamentais das pessoas presas. Os movimentos de ação social buscam propiciar a autonomia e o capital político que geralmente as pessoas presas não possuem (RIVERA BEIRAS, 2009).

Como exemplo desses sujeitos, cita-se o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) que, em 2020, promoveu debates sobre o impacto do Covid-19 nas prisões brasileiras e de outros países, por meio de um grande diálogo com universidades e demais projetos acadêmicos. Além disso, o IBCCRIM solicitou ao Supremo Tribunal Federal a habilitação enquanto *amicus curiae* na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 684, bem como apresentou à Organização das Nações Unidas e à Organização dos Estados Americanos uma denúncia sobre a atual situação das penitenciárias brasileiras (IBCCRIM, 2020)

Outros agentes importantes no enfrentamento à violação dos direitos sociais são as Defensorias Públicas dos Estados, que, concomitantemente às suas funções primordiais de efetivar o acesso à justiça das pessoas mais vulneráveis economicamente, têm desempenhado outras ações no combate à pandemia, especialmente em relação ao ambiente carcerário. Nesta senda, oportuno destacar a impetração, por parte das Defensorias Públicas dos Estado de São Paulo, Rio Grande do Norte, Ceará e Amazonas, de *habeas corpus* coletivo requerendo a observância das medidas constantes na Recomendação nº 62 do CNJ, principalmente a soltura de presos e presas que fazem parte do grupo de risco e a reavaliação das prisões por crimes sem violência ou grave ameaça (BRASIL, 2020b).

Além disso, o Grupo de Trabalho em Saúde Prisional da Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (SBMFC), para facilitar a compreensão tanto dos presos, quanto dos profissionais de saúde e agentes penitenciários, elaborou um documento reunindo orientações divulgadas pelos órgãos de saúde (SBMFC, 2020). As orientações vão desde o diálogo sobre as formas de transmissão e sintomas da doença e o combate à desinformação, até recomendações de higiene e cuidado que devem ser adotadas diariamente.

Ainda, indica-se especialmente a atuação do “Infovírus”, um observatório integrado por pesquisadores dos grupos CEDD - Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (UnB), Grupo Asa Branca de Criminologia (UFPE e UNICAP), Grupo de Pesquisa em Criminologia (UEFS/UNEB) e Grupo Poder Controle e Dano Social (UFSC/UFMS) e autônomos, e direcionado a informar e verificar sobre o impacto do coronavírus nas prisões do país. Ainda, o observatório conta com uma série que analisa a autenticidade das informações e os métodos utilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional sobre a pandemia de Covid-19 no sistema prisional brasileiro.

A atuação dos mais variados grupos desempenha um papel de suma importância na luta pela defesa dos direitos das pessoas presas, uma vez que, somente através da transparência e da denúncia de violações é possível promover um olhar atento e cuidadoso para as consequências danosas da privação de liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade da população privada de liberdade no país demonstra uma notória conjuntura de vulneração. No contexto de Covid-19, é relevante registrar o amplo espectro de casos e situações que afetam a dignidade humana das pessoas, cujos danos sociais estão atrelados à violação dos direitos sociais também das pessoas privadas de liberdade. A exposição a variadas formas de risco e perigo, e a falta de acesso à saúde, à maternidade, à educação e ao trabalho nas prisões são eventos ainda mais agravados pela pandemia.

Os presídios brasileiros são espaços superlotados, e identificam uma deficiência estatal na proteção de direitos fundamentais e sociais. A estrutura e as condições carcerárias são praticamente incompatíveis com a proteção do direito à saúde. A suspensão das atividades educacionais gera a interrupção no desenvolvimento dos estudos e a impossibilidade de remir a pena. As atividades laborais também foram afetadas, sendo ajustadas para atender aos interesses da pandemia. A ruptura do contato e da convivência das pessoas presas com os familiares apresenta clara vulneração ao direito social de proteção à maternidade e à infância, uma vez que produz distanciamento na relação entre mães presas e filhos e filhas.

A pandemia agravou uma situação já existente de persistente violação dos direitos sociais. Porém, a manutenção das pessoas presas em situação de risco pode ocasionar vulnerações ainda mais graves, atingindo também os direitos individuais, como a vida, e a integridade física, corporal e psíquica. Ante a isso, poucas medidas foram tomadas a fim de proteger a população privada de liberdade da propagação da Covid-19, e muitos obstáculos emergiram nessa direção, como a reduzida adesão de juízes e tribunais pelas medidas de liberação de pessoas presas em situação de risco.

Sendo assim, a atuação de outros sujeitos possui uma destacada potência na defesa e proteção dos direitos sociais das pessoas privadas de liberdade. Diante disso, as universidades, a sociedade civil e as defensorias se posicionam como promotoras de políticas públicas a fim de proteger os direitos sociais nas prisões, e exercem papel fundamental na potencialização desses direitos. Além disso, tais experiências e atuações propiciam meios, inclusive políticos, de enfrentamentos na luta pela defesa dos direitos, especialmente através da transparência e da denúncia de violações e da promoção de um olhar atento e vigilante para as consequências danosas da privação de liberdade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 2, Número 2, 2005, pp 188 a 223.

ALMEIDA, Bruno Rotta; CACICEDO, Patrick. Emergências, direito penal e covid-19: por um direito penal de emergência humanitário. **Boletim IBCCRIM** - ano 28 - n.º 335 - outubro de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1331/2020**. Brasília, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2242529> Acesso em: 05 de set. 2020.

_____. Conselho Nacional da Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 10 de set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Covid-19 no Sistema Prisional**. 2020e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/> Acesso em: 28 de fev. 2021.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **COVID-19 e o Sistema Prisional**. 2020c. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/covid-19-e-o-sistema-prisional-2013-a-abordagem-necessaria-covid-19-e-o-sistema-prisional-2013-a-abordagem-necessaria> Acesso em: 10 de set. 2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Medidas de Combate ao COVID-19**. 2020d. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVliiwidCI6ImViMDkwNDIwLlR0QNGMtNDNMNy05MWYyLlRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 10 de set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Sistema Penitenciário: Trabalho e Renda dos Presos**. 2020f. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/SEI_MJ11567225Despacho.pdf Acesso em: 10 de set. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP)**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html Acesso em: 10 de set. 2020.

FABRINI, Fábio; FERNANDES, Talita. **31% das unidades prisionais do país não oferecem assistência médica**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2020/03/31-das-unidades-prisionais-do-pais-nao-oferecem-assistencia-medica.shtml?origin=folha> Acesso em: 10 de set. 2020.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. **Coronavírus: CNJ diz que ao menos 32,5 mil presos deixaram cadeia durante pandemia**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/12/coronavirus-cnj-diz-que-ao-menos-325-mil-presos-deixaram-cadeia-durante-pandemia.ghtml> Acesso em: 10 de set. 2020.

FIOCRUZ, Fundação Oswaldo Cruz: uma instituição a serviço da vida. **Presídios têm 30 vezes mais casos de tuberculose**. 2007. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/presidios-tem-30-vezes-mais-casos-de-tuberculose> Acesso em: 10 de set. 2020.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **COVID-19 e o sistema prisional: IBCCRIM promove debate sobre coronavírus e prisões nas Américas**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/733> Acesso em: 10 de set. 2020.

PAULUZE, Thaiza. **Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quádruplo da registrada na população geral**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quadruplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml> Acesso em: 10 de set. 2020.

PIMENTEL, Elaine. A pandemia da covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros: entre narrativas, recomendações e realidades. **Boletim IBCCRIM** - ano 28 - n.º 335 - outubro de 2020.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do virus**. 2020. Lisboa: Almedina. 2020

SARLET, Ingo; ROSA, Taís Herman da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16 n. 1, 2015.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal. Daños sociales y delitos estatal-corporativos en la crisis europea. Una lectura criminológica. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). **Delitos de los Estados, de los mercados y daño social**: debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos, 2014.

SBMFC. Saúde Prisional da Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade. **Medidas e orientações para o enfrentamento da COVID – 19**. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Medidas-e-orientac%CC%A7o%CC%83es-para-o-enfrentamento-a-COVID-%E2%80%93-19-nas-priso%CC%83es.pdf> Acesso em: 10 de set. 2020.

TARASIUK, Karina. **Avanço da COVID-19 entre a população carcerária é monitorada por grupo de educadores da USP**. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/universidade/avanco-da-covid-19-entre-a-populacao-carceraria-e-monitorada-por-grupo-de-educadores-da-usp/> Acesso em: 10 de set. 2020.

TRINDADE, André Karam. A Teoria do Direito e da Democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do “Seminário de Brescia” e da discussão sobre Principia Iuris. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, pp. 111-137, julho/dezembro 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vania Romano Pedrosa; Amir Lopeç da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

OK GOOGLE:

covid, prisões e as representações
sociais no neoliberalismo

Jackson da Silva Leal

Alex da Rosa

OK GOOGLE: covid, prisões e as representações sociais no neoliberalismo

Jackson da Silva Leal¹
Alex da Rosa²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer a discussão acerca da representação social da problemática questão da pandemia de COVID no contexto prisional, e de como além da própria pandemia, tem-se disseminado (des)informação acerca do impacto da doença nas unidades prisionais.

Se no universo extramuros o fenômeno pandemia, e a retratação da sua realidade já se apresenta profundamente problemático, dentro dos limites e gestão das unidades prisionais, obviamente que isso ganha contorno de dramaticidade, sobretudo no contexto de um sistema prisional superlotado e a total incapacidade de fazer frente a questões de ordem sanitária nesse contexto.

Assim, é uma discussão que tem sido objeto bastante recorrente no campo teórico da criminologia, e de entidades, coletivos, grupos de pesquisa, associações e organizações que se propõem a atuar como observatório da gestão da crise, na medida em que as informações são muito limitadas e marcadas pela subnotificação, redundando em uma escassez de dados, fazendo da atuação desses grupos, tais como *covid nas prisões*, sejam de imensa importância.

Assim, o campo teórico da criminologia deslegitimadora e da reação social, tem sido – como na literatura mágica – uma verdadeira atividade de necromante, a todo momento falando com os mortos, trazendo os mortos a falarem, tema já abordado por Zaffaroni (2013) em trabalho intitulado “A palavra dos mortos”, e que a pesquisa

¹ Doutor em Direito (UFSC), mestre em Política Social (UCPel), professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD-UNESC), coordenador do Grupo Andradiano de Criminologia Crítica (UNESC); membro da Comissão estadual de Assuntos Prisionais (CAP-OAB/SC).

² Mestrando em Direito (PPGD-UNESC), graduado em Direito (UNESC), graduando em Filosofia, bolsista FAPESC, membro do Grupo Andradiano de Criminologia.

empírica criminológica na América Latina tem buscado dar voz e interpretar o sofrimento que diz muito sobre o modelo societário no qual se está inserido.

Pode-se dizer que na criminologia, já há algum tempo tem-se cultivado um verdadeiro ato de feitiçaria. Não somente quando traz a fala dos mortos para tentar entender e demonstrar a realidade pautada pela submissão e sofrimento; mas também, enquanto campo científico em si.

Não é uma particularidade desse campo o hábito de “dominar o estado da arte, ler os clássicos” e aí então fazer carreira sobre esse o aquele autor, ou então, já mais “avançado”, fazer o gesto de tomar um objeto “à luz de” e se permitir inserir o autor que talvez se acredite que melhor explique a realidade social na qual se está tentando entender/explicar³.

Nessa linha, escrever algo sobre a COVID-19 e as prisões poderia ser uma tarefa até simples, e sobretudo, desde diversos referenciais teóricos, ou mesmo escolas e autores distintos e seus díspares olhares e ferramentais de análise. Bastaria escolher quem trazer da morte para que fale e explique e forneça os elementos para interpretar a realidade analisada.

Assim, a título meramente ilustrativo, pode-se conjurar o direito penal do inimigo, ou mesmo a micropolítica, ou quem sabe acrescentar mais algumas às funções ocultas do cárcere, ou dizer que isso é uma questão de poder, ou de classe.

Certamente outros mais interessados, assim como mais qualificadas farão isso com mais dedicação e competência. Então além das sagradas categorias criminológicas, dos instrumentos de que se dispõe e se pode amolar repetidamente em busca de uma versão mais avançada, crítica e engajada, o que resta fazer é utilizá-las para produção de algum objeto que reforce a hipótese inicial.

Nesse sentido e buscando realizar um exercício diferente – mais ainda de necromancia –, de tentar entender a realidade concreta atual, marcada indelevelmente pela pandemia, em meio a uma das sociedades que mais encarcera, e que transmite o sofrimento via mecanismos cada vez mais avançados de difusão de conteúdo e tentar compreender que representação é feita dessa realidade concreta, que feições lhe são dadas nas telas maiores menores, móveis e de fácil acesso.

Dito isto, o problema que se propõe neste trabalho, é; como se dá a representação do tema “COVID e Prisão” na esfera virtual, especificamente na plataforma de vídeos

³ Aqui exponho um problema que envolve a institucionalização da atividade de pesquisador, de professor ou intelectual se se quiser pôr em termos, o hábito de referenciar clássicos, dominar o paradigma teórico, envolve um problema bastante peculiar, que Rafael Saldanha (2020, p. 226ss) chama de “deferência historiográfica” e que consiste em outras palavras nesse hábito de repetir mantras consagrados, autores de sucesso, e que se coloca em termos de necromancia enquanto ato de chamar dos mortos para entender a realidade vivida.

Youtube – que na era atual se constitui em um importante mecanismo de informação e formação de opinião –, e, se essa representação contribui/funçiona para manutenção da “partilha do sensível-conservador⁴”, no que se pretende demonstrar como manifestação da (in)sensibilidade à dor, sofrimento e violência enquanto manifestação do sensível-conservador brasileiro Brasil neoliberal (LEAL, 2021) que Alejandro Alagia, em *Fazer Sofrer* sintetiza, ““a destruição de algo, de alguém ou de um grupo pode satisfazer e ocupar o lugar dos verdadeiros culpados na crise de existência da ordem social. Uma vida menos preciosa é oferecida e aceita, no lugar de outra” (2018, p. 42).

Pode-se dizer que, se a representação social, midiática e digital alimenta o binarismo, o antagonismo e a dicotomia e se orienta por um eixo moral conservador, que por meio de uma localização ontológica entre as partes dá a cada uma delas uma característica hostil à outra e as torna inimigas, conseqüentemente tornando a morte de um dos lados não só desejável como necessária, e como algo que não agride a sensibilidade, o sentimento de humanidade vigente.

Nessa linha, a hipótese fundamental é de que a representação midiática, virtual compartilhada, disseminada é pelo acirramento, e pela não solidarização da condição de cárcere em que centenas de milhares de pessoas se encontram, e tampouco pela condição pandêmica.

O método utilizado foi o indutivo e o procedimento utilizou-se de uma ferramenta de pesquisa para compilação de dados. Os materiais de pesquisa (dados), vídeos, foram selecionados pelo próprio algoritmo do *Youtube*, utilizou-se um dispositivo que funcionasse como uma interface que permitisse facilitar a transposição dos vídeos e dados colhidos.

Para isso, a ferramenta “*Youtube Data Tool*” foi utilizada, no máximo da sua capacidade de processamento, que buscou sem data delimitada, mas como foco na relevância, os 500 vídeos mais importantes – exibidos por critérios de relevância do *Youtube* – que versassem sobre COVID e Prisão. É como se você digitasse os dois referidos termos, sem conta logada, e pegasse as informações sobre os 500 primeiros vídeos que aparecessem.

A ferramenta fornece sobre cada um desses vídeos 23 informações diferentes: a posição na lista, o link do canal, o título do canal, link do vídeo, data de publicação (duas vezes), título do vídeo, descrição, tags, categorias, rótulos do vídeo, duração, duração em segundos, dimensão, definição, caption, imagem de capa, licença, contador de visualizações, contador de *likes*, contador de *dislikes*, contador de favoritos e comentários.

⁴ O conceito adotado de sensível-conservador trata-se de uma aproximação ao conceito (mas não se confunde com) de Rancière, assim como também de Alagia explorado em outros trabalhos (LEAL, ROSA, 2021; LEAL 2021).

A partir dessa compilação apresenta-se um filtro para demonstrar os 20 canais que mais apareceram e os 10 vídeos mais curtidos e os 10 mais recomendados, no sentido de, talvez, demonstrar o tipo de material e informação que tem sido consumido acerca do tema, e do alinhamento de apreensão de conteúdo; e ainda, quiçá, a hipótese, da compreensão social acerca do fenômeno abordado desde a ideia do que se tem chamado de sensibilidade à dor e à violência.

Assim busca-se ter uma ideia, um mapeamento, de como a questão é abordada na esfera virtual, quem são seus protagonistas, qual conteúdo oferecem, que opinião emitem, e, assim, pensar elementos para compreender a realidade social em que se está inserido desde fevereiro de 2020 – pandemia de Covid-19.

1. BLACK BOX: o que é critério relevância para o Youtube?

O Google oferece o *Youtube data API*⁵ para desenvolvedores e programadores que desejam ter acesso aos códigos e assim realizarem conexões com os programas, em suma, facilitar o processo mostrando como é feito.

Quando se busca os códigos referentes à ferramenta de busca de vídeos, encontra-se vários itens, propriedades de busca, que vão permitir a localização de um vídeo⁶, em síntese, o cruzamento das características e informações de um vídeo, mas não diz de maneira alguma o *porquê* daquele vídeo aparecer na busca, ou seja, o algoritmo que permite e resulta na busca, continua desconhecido.

Assim, informações como TAGS, título, canal, nomenclaturas específicas, a correspondência entre o termo procurado e o resultado exibido, apesar de bastante evidente, não explica o *porquê* de um vídeo intitulado “covid e as prisões” aparecer em 499 de nossa busca enquanto outro intitulado “covid e o agravamento das prisões” aparece em 12º, sendo que a data de sua publicação é similar e os números de visualizações, curtidas e demais elementos serem bem semelhantes.

Da mesma maneira, quando se busca nos códigos pelo que gera a conexão entre os canais, o que levaria ao “recomendado”, ou a reprodução automática, o código é opaco, simplesmente não há como saber qual a relação de semelhança e aproximação que os programadores utilizam para estabelecer a conexão entre os vídeos (RIEDER, 2015, 10⁹).

É impossível dizer qual é o critério de relevância eleito pela empresa, seus programadores, e o código desenvolvido, para que se saiba o porquê um vídeo é mais

⁵ API são instruções e padrões de programação para acesso a um aplicativo ou software.

⁶ Você pode conferir a lista completa dos códigos de busca aqui <https://developers.google.com/youtube/v3/docs/search#properties>.

ou menos relevante que outro. Pode-se dizer, apenas, que para a *empresa* aqueles vídeos são os mais relevantes e assim são dispostos ao público.

Pode-se perceber alguns personagens, tais como o programador, a empresa, os vídeos como produto e a caixa preta. Está-se tratando de vídeos, de imagens técnicas, virtuais, que substituem e modificam a forma de assimilação e percepção das imagens tradicionais, ou mesmo da realidade concreta e material.

O processo de formação das imagens técnicas se dá necessariamente por meio de algum dispositivo, aparelho, tome-se como exemplo uma foto capturada por um telefone. Os vídeos como são apresentados, via youtube, encontram-se hospedados no servidor do site e organizados por estes critérios, códigos que não se tem acesso.

Assim não se sabe o que se passa dentro dos servidores da plataforma, sobre seus critérios de distribuição; com isso, os códigos são vedados, as informações são inacessíveis. Não bastando ser uma linguagem já restrita, principalmente à área da programação, nem para estes as informações são reveladas.

Isso porque o complexo “aparelho-operador” é demasiadamente complicado para ser penetrado, é uma *caixa preta*, e o que se vê é apenas o *input* e *output*. Quem vê *input* e *output* vê o canal e não o processo codificador que se passa no interior da *caixa preta*. Toda crítica da imagem técnica deve visar o branqueamento dessa caixa. Dada a dificuldade de tal tarefa, somos por enquanto analfabetos em relação às imagens técnicas. Não sabemos como decifrá-las (FLUSSER, 2018, p. 23-24).

Com efeito, se verifica um completo analfabetismo das linguagens digitais. O processo em si, de composição das imagens já produz uma rarefação consequente da especialização, não obstante certa noção de propriedade privada faz com que os códigos não estejam disponíveis para acesso. Quando muito aprende-se a navegar pelas interfaces oferecidas acreditando gozar do auge da liberdade e de livre escolha.

Acontece que pesquisadores e pesquisadoras têm investigado minuciosamente o funcionalmente as caixas pretas, muito além dos apontamentos dos idos séculos passados. As intuições sobre o potencial destas, cada vez mais, têm assumido perspectivas nem tão positivas.

Estudando o funcionamento dos algoritmos, Catherine O’Neil chamou-os de “dispositivos de destruição matemática” (*Weapons of Math Destruction*). Verificando a aplicação de algoritmos em múltiplas áreas, como concessão de crédito, aposentadoria, seguro de saúde, bolsa de valores, vagas em escolas, e outras, a autora percebeu a intencionalidade para a qual são programados e o dano que causam tais dispositivos.

Um algoritmo funciona como um modelo. Você *insere* as informações, define os parâmetros, condições, variáveis, e por fim na *saída* você tem os dados a partir das informações parametrizadas. Exatamente o que se pretendeu com o Youtube Data tool. O que acontece nesse meio? Mistério para alguns, código para outros, mas ainda assim mistério.

Com os dados de saída dessa operação, recomenda-se que o operador reintroduza, adicione variáveis ao *input* e torne a ferramenta cada vez mais capaz de abarcar possibilidades múltiplas, é o decisivo processo de *feedback* para o desenvolvimento de um bom modelo de programa (O'NEIL, 2016, p.26ss)

Os parâmetros inseridos para operação podem literalmente ser mortais para uma série de pessoas. São parâmetros matemáticos que vão definir quem consegue uma vaga de emprego, quem vai ser preso, qual a cor da pessoa presa. É a base atuarial (DIETER, 2012) de cálculo que tem orientado processos cada vez mais automatizados de “Justiça” e punição, inclusive pensando a esfera penal no Brasil (ROSA; PESSOA; LIMA, 2020).

Como já mostrado por Dieter (2012), O'Neil (2016, p.27) reforça que os modelos são nada mais que opiniões disfarçadas de matemática. Os pontos cegos dos modelos na verdade revelam quais os objetivos e prioridades dos desenvolvedores: “In each case, we must ask not only who designed the model but also what that person or company is trying to accomplish”.

2. QUEM SÃO: quem controla os programadores?

“Design is colonizing project” conclui Ruah Benjamin (2019, p.179) ao estudar em múltiplas áreas a aplicação de algoritmos e modelos matemáticos, assim como o funcionamento de dispositivos e aparelhos eletrônicos. Impossível restar mais claro e evidente a intenção e o que buscam aqueles que projetam códigos e os fins destes.

As propostas aparentemente inocentes, como a simples criação de banco de dados, podem ter efeitos catastróficos quando são usadas para negar acessos à serviços básicos de saúde e cidadania. Inclusive, dados vendidos entre estados para melhorar o reconhecimento fácil acerca de determinados fenótipos e melhorar, assim, os dispositivos de controle sobre os mesmos (BENJAMIN, 2019, p. 135)

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais 13.709/2018 oferece pouca segurança à população, que “livremente” cede seus dados à múltiplas empresas para seus fins particulares.

⁷ Em cada caso, nós devemos perguntar não apenas quem projetou mas o que a pessoa ou companhia está tentando buscar com isso – tradução nossa.

A mudança se dá na ordem do modo de produção que passa a ser pautado pela transformação da informação em commodities – como diria Karl Polanyi (2012), mercadorias fictícias –, na sociedade (e na era) da informação. Onde os dados são fornecidos livremente pelo usuário, e se transformam em ferramenta, em arma, em capital para e a partir das mais diversas plataformas.

O sujeito – entendido não enquanto indivíduo –, mas como uma série de dados, desejos, interesses, informações físicas, e capacidade de compra, um rol geral de informações sobre um indivíduo que pode ser cruzado e amplificado de modo a compor e caracterizar com extrema precisão tipos de perfis consumidores.

Claro, é uma produção múltipla que engloba tanto a ordem econômica quanto social e subjetiva. Assim, tem-se em conta os problemas próprios ao acúmulo, venda e negociação de informações a respeito dos indivíduos, seus gostos, hábitos; que, em geral, ficam em posse de empresas transnacionais que trabalham oferecendo algum tipo de serviço.

Todavia, habitar o mundo virtual de tal maneira e participar de maneira tão integrada do mesmo, torna cada vez mais irrelevante tratar de “real” ou “virtual”. É simplesmente impossível pensar o processo de formação do sujeito descolado dos investimentos múltiplos digitais, dos efeitos particulares das imagens técnicas e da integração entre sujeito-máquina⁸.

A questão é entender essa relação, sua assimilação, suas estratégias – de empresas, de pessoas, mas também de efeitos imprevisíveis e desdobramentos constantes sobre a materialidade concreta da organização social.

Então se por um lado busca-se entender os interesses possíveis em uma empresa como o Youtube elencar determinados vídeos como mais relevantes em relação ao tema de interesse deste texto, tem-se em conta manter e multiplicar usuários, mantê-los na plataforma, lucrar sobre tais operações, anúncios, venda de dados, assinaturas; por outro lado, cumpre pensar nos efeitos possíveis de tais vídeos aparecerem como mais relevantes, e o que podem representar na formação da consciência dos sujeitos e conseqüentemente sua opinião e posicionamento sobre a questão criminal, epidemia e presos.

Ambos os elementos compõem e participam do Capital Mundial Integrado (GUATTARI, 2020, p. 13), em suas faces múltiplas e heterogêneas, organizadas em níveis micro e macro, mas que fundamentalmente buscam relacionar diferentes níveis que se comunicam e interagem reciprocamente para produção de um certo modo de vida, a saber, o modo capitalista (ROLNIK, 2019).

⁸ Na esteira de Félix Guattari (2019, p. 64) “O mundo maquínico-técnico, em cujo “terminal” se constitui a humanidade de hoje, é barricado por horizontes de constância e de limitação de velocidades infinitas do caos.

É claro, o advento da COVID-19 evidenciou o caráter biopolítico⁹ do que constitui a governança do chamado neoliberalismo¹⁰. Entretanto, busca-se outras formas e outras ferramentas para fazer do problema atual – não inédito – uma questão singular que deve dispor de conceitos e ferramentas correspondentes, à altura, que busquem trabalhar os eventos em sua particularidade e amplitude.

E pensar a singularidade do contemporâneo exige entender o que significa uma determinada empresa, um ramo da Google, com amplo e enorme acesso às informações, e quais os impactos desse domínio de informações.

Essa modificação tão fundamental nos modos de produção, seja de subjetividades, de mais-valor sobre informação, permite afirmar uma nova classe a participar da dinâmica. MacKenzie Wark (2019, p. 56ss) sugere o termo “classe vetorial”, sendo essa dona das informações, como controladora dos fluxos de informação, é decisivamente diferente da classe dona dos meios de produção, essa é a radical diferença.

Controlando os meios de produção, a tradicional classe burguesa possuía equipamentos, terras e obtinha mais valia oriunda da exploração da força de trabalho; controlando o vetor, a classe vetorial obtém patentes, marcas, direitos autorais e obtém uma espécie de mais-valia de informação, transformada em *commodity*.

Com três principais características, essa classe emergente diferencia-se por **(a)** ser capaz de extrair valor não apenas do trabalho (*labor*) mas também do trabalho livre (*free labor*); à exemplo, a localização GPS transmitida pelo telefone em seu bolso mesmo quando não utilizado informa a classe vetorial seus hábitos, lugares frequentados, rotas utilizadas etc. Como opositora na relação antagônica, a **(b)** classe hacker trabalha com o livre acesso a informação, plataformas compartilhadas, códigos de livre acesso e programações realizadas pela comunidade, descentralizadas, todo um tipo de trabalho que se debruça qualitativamente sobre informações. Por fim, a classe vetorial **(c)** modifica as relações gerais de governo, inclui outras classes também dominantes – mas subordinadas a ela – e altera a maneira como os governos desenvolvem suas políticas, principalmente no que tange a controle, vigilância e logística econômica a partir de sua base de dados virtual¹¹ (WARK, 2019, p.117).

⁹ A respeito, ver mais no curso de Michel Foucault (2008) “Segurança, Território e População”.

¹⁰ Acerca, apesar da população do termo, seguimos Wark (2019,p.112) “Here’s a story, then: It is an error to call our times *neoliberal* when its politics are not “neo” and its politics are not “liberal,” anyway”. Aqui vai uma história: é um erro chamar nosso tempo de neoliberal quando suas políticas não são nem neo nem libera l-tradução nossa.

¹¹ Apesar de ensejar interpretações pelo conceito biopolítica, Wark realiza poucas aproximações com Foucault. Criticamente, pode-se tomar o controle de dados – vetor – aplicado ao conceito de população, esta como sendo composta por uma série de índices a medir sua vida, permite redimensionar a capacidade de governo exposta

A classe vetorial domina e subordina as demais classes, inclusive as outras classes dominantes, numa espécie de reorganização: as classes dominantes seriam a vetorial, a capitalista e os proprietários de terras (*landlords*); enquanto as subordinadas seriam a hacker, trabalhadora e campesina.

É claro, sobretudo, as velhas formas de exploração não deixam de existir, até mesmo formas de escravidão continuam a existir. A resistência do trabalho ao capital continua existindo em países com a mão de obra super-explorada, sobretudo na periferia do capitalismo submetido às logicas de capitalismo predatório e dependente. Em síntese, o antagonismo de classes continua a existir; apenas, trata-se de agregar uma dimensão ao fenômeno.

Assim como a classe capitalista subordinou os senhores feudais e os proprietários de terra; a classe vetorial passou a subordinar também as demais classes (WARK, 2019, p. 46).

É uma proposta sem dúvida ousada e extremamente pertinente, ainda mais se pensar nos deslocamentos que ocorreram, tanto em termos de integração mundial do capital e a transnacionalização de empresas e projetos como condição base para uma transformação destas é o acesso e controle da informação. Inclusive pelo que denomina classe Hacker, a autora também localiza em uma posição aqueles que para os otimistas do séc. XX seriam salvadores, via tecnologia, mas que hoje em dia compõem mais uma das múltiplas camadas de resistência.

Assim sendo, expôs-se até então dois níveis do problema, em matéria quase que preliminar, mas que sem tal embasamento correr-se-ia o risco de perder o objeto. Seria nulo apontar dados sobre os vídeos sem tentar esclarecer o funcionamento da caixa preta.

Esclarecida a dificuldade preliminar e o problema que constituem os dispositivos tecnológicos, aliado ao fato de pertencerem, serem desenvolvidos e usados por empresas privadas que tem o usuário como produto de seus serviços, participando num duplo nível do Capital Mundial Integrado, busca-se agora rastrear pistas acerca dos efeitos que a seleção nebulosa de vídeos em relação a questão criminal e a opinião pública acerca da COVID e prisão; o que, como um efeito rebote, permite evidenciar alguns elementos de análise e reflexão.

pelo autor francês. Tanto o conceito de população quanto o de governo, conforme expostos por Foucault (2008), ganham uma surpreendente atualidade quando aliados ao pensamento de McKenzie – embora a autora faça poucas referências ao autor.

3. RESULTADOS DE BUSCA

Posição	Título do canal	Publicação	Título do vídeo	Categoria	Duração, seg	Visualizações	Curtidas	Descurtidas
1	Record News	18/03/2020	Saiba as consequências do coronavírus no sistema carcerário	News & Politics	406	7753	194	11
2	Jornal da Record	23/07/2020	Coronavírus nas prisões: mais de 14 mil detentos são contaminados	News & Politics	125	1335	52	0
3	SBT Jornalismo	11/04/2020	Avanço do coronavírus em presídios superlotados gera preocupação SBT Brasil (10/04/20)	News & Politics	205	122182	2634	151
4	TV Unesp	09/04/2020	Plantão Unesp COVID-19 O impacto da pandemia no sistema prisional brasileiro	Entertainment	577	1870	134	3
5	MOVdoc	28/04/2020	COMO O CORONA VÍRUS AFETA OS PRESÍDIOS NO BRASIL?	News & Politics	580	15745	466	39

6	SBT Jornalismo	28/03/2020	Covid-19: Promotores tentam reverter ordens de soltura e prisão domiciliar SBT Brasil (27/03/20)	News & Politics	136	9921	353	15
7	Jovem Pan News	20/03/2020	Corona vírus chega às prisões de São Paulo	News & Politics	97	5128	125	2
8	UnBTV	17/04/2020	Covid-19: Que detentos poderiam ir para prisão domiciliar?	Education	65	2017	47	0
9	tvBrasil	13/03/2020	Covid-19 afeta regras de acesso a prisões e penitenciárias	Entertainment	70	467	15	0
10	IBCCRIM	29/06/2020	Seminário - Covid-19 e prisões pelo mundo	Nonprofits & Activism	1174	568	35	0

Fonte: Youtube data tool/Autor.

Como já explicado anteriormente, a pesquisa consistiu em mapear o que está sendo dito sobre prisão e covid, pensando aqui plataforma digital Youtube. Para isso, utilizou-se da interface Youtube data tool, que permitiu-nos coletar os dados dos 500 vídeos mais “relevantes”, segundo o youtube, para aqueles que digitam os referidos termos de busca. A seguir, a primeira tabela contendo os 10 primeiros e suas correspondentes informações:

3.1 Top 10 vídeos recomendados para “Prisão e COVID”

Atentando-se para as informações coletadas. Dos vídeos elencados pela empresa como mais relevantes, dos 10, apenas 4 tem um posicionamento relativamente crítico em relação à questão. Por posicionamento crítico, seria, esquematicamente falando, um posicionamento que não deseje a morte dos presos.

Ilustrando ao leitor, em laranja a frase principal de Elzix: “tem que continuar preso, não adianta soltarem pq se n continuam a cometer crimes”, em azul “Só faltava essa se preocupar com bandido, não liberar esses caras para não contaminar gente de bem aqui fora”, em verde “Neste caso eu digo: Força Covid-19”. Em geral esse tipo de grafo tem o fim de permitir a visualização da disposição política sobre determinado tema.

Contudo, acerca da questão criminal, a punição parece ser uma unanimidade. Simplesmente todas as cores, as principais interações, correspondem a diferentes posicionamentos conservadores e reacionários. Poderiam, nesse sentido, serem todos de uma cor só, não há variação, a questão criminal é um consenso-punitivo, (in)sensível-conservador.

Já em relação aos vídeos com mais curtidas, mais dislikes ou mais visualizações em geral, observou-se um acontecimento bastante particular, tendo em vista que se obteve uma série de conteúdos aparentemente não relacionados aos termos chave. É claro, em geral estão bem abaixo na lista dos 500 recomendados, mas ainda assim estão, por conta do elevado número de visualizações, decorrente de alguma palavra-chave, ou seja, esbarra-se novamente com a caixa preta e seus direcionamentos, e que, tendo em vista não ter relação direta com o tema e a fuga produzida em termos de pertinência, justificando sua exclusão da análise, ou ao menos, posição secundário¹².

Por fim, ainda em tem-se os dados, de todos os canais com ao menos 4 vídeos que aparecem na busca:

Tabela 3. Número de vídeos por canal

Posição	Canal	nº vídeos
1	Encontro Internacional Poesia e Artes em Prisões	20
2	SBT Jornalismo	18
3	Band jornalismo	15
4	Jornal da Record	15

¹² Para ilustrar, em ordem de posição de mais visualizações: 1. Como seria um apocalipse zombie na vida real?, 2. Felipe Neto, 3. Auschwitz: sobrevivente brasileiro descreve horrores do campo de concentração, 4. MBL - Movimento Brasil Livre, 5. GREG NEWS | COACH, 6. Coronavirus VIII: Prisons & Jails: Last Week Tonight with John Oliver (HBO), 7. DGP Mundo (Alexandre Garcia), 8. Jorge & Mateus Oficial.

288

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

5	Domingo Espetacular	10
6	AFP Português	8
7	UOL	8
8	Alexandre Garcia	7
9	Balanço Geral	6
10	CNN br	6
11	EFE br	6
12	Hoje em dia	6
13	Jornalismo TV Cultura	6
14	RedeTV	6
15	Jovem Pan news	5
16	Rede TVT	5
17	TV 247	5
18	Estadão	4
19	Nieuws bijgewerkt	4
20	Poder 360	4
21	Record News	4
22	Record TV Cabo Verde	4
23	tvbrasil	4

O que se permite ver que, ainda que os mecanismos de transmissão de informação tenham se alterado, profundamente, remapeando a lógica de funcionamento da produção e distribuição de informação (a atual e famosa produção de conteúdo), ainda assim, os grandes veículos midiáticos, ligados às empresas tradicionais, continuam sendo vetores importantes de produção e difusão de informação e opinião, o que demonstra ao mesmo tempo transformação e permanência. Transformaram-se os mecanismos, mas os veículos de mídia em certa medida, permanecem os mesmos, com seu poderio econômico e capacidade de atrair atenção.

Esses resultados permitem algumas conclusões e algumas hipóteses. Preliminarmente, verifica-se a existência da “caixa preta” em relação à incompreensibilidade de compreender quais são as prioridades da empresa que a levam a configurar seus algoritmos de tal maneira que oferecem os vídeos naquela ordem de relevância.

Em seguida, percebe-se que talvez exista uma intenção por parte da empresa em indicar certos canais, sobrepô-los aos outros, canais marcadamente de direita. Outra

opção política, classificam os canais conservadores como “notícias e políticas” e os outros como “entretenimento” ou “educação”. A vinculação ao canal emissor poderia explicar parcialmente tal ação, mas a classificação da Brasil como entretenimento serviria de objeção.

Percebemos que o problema é o seguinte: um indivíduo digita no youtube “covid e prisão” e segue páginas e páginas a fim servido de conteúdo conservador, organizado pelo algoritmo enquanto mais relevante. Levando em conta que se trata de uma empresa, assume-se que seu interesse pelo lucro compreende que o engajamento desse segmento político é mais intenso, o que conseqüentemente é mais interessante como mecanismo de mais-valia da informação.

Para a data, engajamento não diz sobre ser a favor ou contra: engajamento é engajamento. A hipótese então é, seguindo a linha de múltiplos estudos na área dos algoritmos, que a empresa tendo como fim manter-se gozando de uma posição de controle sobre o fluxo de informações, extraindo dessa, uma mais-valia em que o sujeito é mercadoria, estimulando como prioritário, conteúdos tradicionalmente conservadores em relação a questão criminal, principalmente, tratando-se dos desafios e problemas impostos pela pandemia de COVID-19.

Não está nem em questão o posicionamento das mídias, como já foi mostrado diversas vezes pelas criminólogas (BUDÓ,2013), ou a disposição semiótica das imagens, textos, tempo disposto, ou seja, a intencionalidade dos veículos jornalísticos, da composição de suas matérias e afins (VECHI, 2015).

Está-se a sublinhar a ausência de neutralidade dos dispositivos tecnológicos – ainda que maquínicos –, onde se verifica o interesse das empresas em orientar-lhes e as conseqüências para a opinião pública sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nível de conclusão, que se apresenta muito mais como considerações finais, no sentido de provocar, esse trabalho, como se expôs ao início, se apresentou tentando um exercício diferente do que tradicionalmente se vem realizando no campo criminológico. Dar voz aos mortos, não no sentido de pura e simplesmente realizar, repetir exercícios teóricos, que, por certo, tem sua importância enquanto construção intelectual e sedimentação de categorias analíticas. Mas, também buscou-se voltar para a realidade contemporânea e seus desafios, e um dos principais é justamente a discussão acerca da virtualidade e das máquinas, sem as quais parece ser impossível viver nessa sociedade, e sobre as quais, se fala, se pensa e sabe muito pouco enquanto funcionamento e lugar social.

Em meio a pandemia, se verificou uma verdadeira explosão e amplificação da exploração da produção de conteúdo virtual, decorrente do isolamento social, condição sanitária e de controle pandêmico. Com isso, a internet, diversas plataformas virtuais, aplicativos em um dia era absolutamente desconhecido, e no outro, se apresentava como a ferramenta absolutamente mais fundamental para o desenvolvimento de grande parte das atividades profissionais.

Dentre essas plataformas, uma que já vinha com grande importância social, midiática, e econômica, e com a pandemia, obviamente se amplia e fortalece ainda mais, foi o Youtube. E esse trabalho buscou trazer alguns elementos para pensar, em como a questão da COVID e Prisões, são retratadas, e expõem ao público e como isso em grande medida contribui/acompanha, fomenta uma verdadeira postura de insensibilidade diante de um suposto mal ontológico (dicotomia bem/mau), que se situa dentro das unidades prisionais.

Igualmente, destacou-se a intencionalidade componente do que em geral toma-se como neutro: os algoritmos. Algoritmos não são pura série de números e ordens automatizadas, são modelos, construídos, compostos e alimentados por pessoas, e em geral funcionários. A proposta de uma classe particular, denominada vetorial, emerge na discussão trazendo à tona a importância de pensar e problematizar o controle, venda e distribuição de informação na atual sociedade – principalmente pensando a monetização dos vídeos e os interesses envolvidos.

A formação da opinião pública, principalmente em tempos de COVID, é decisivamente marcada pela distribuição de informação nas esferas digitais. Então construir uma “esfera digital” retroalimentada por algoritmos de destruição, duplica o efeito da esfera e torna a vida fora desta impossível.

E assim a formação da opinião pública torna-se concomitante ao processo de criação de um mundo para o sujeito, um mundo para si onde os outros – sabidos os diferentes, os indesejados – não devem viver. É isso que significa tratar o problema em termos ontológicos; e, se se levar adiante, nas composições e conexões de rede, também seria possível avançar no que significa partilhar *o sensível*.

Justifica-se, dessa forma, todo o tratamento degradante, e quiçá a pandemia pudesse fazer o que não se permite seja feito pelos homens, o que, poderia-se dizer, representa em muito a compreensão social acerca das prisões que é partilhada no início do século XXI, e talvez esse seja um grande desafio e nó a ser desatado pela criminologia, sob pena de não conseguir avançar com nenhum tipo de pauta progressista em relação a questão do encarceramento que só tende a se agravar com esse sentimento sensível-conservador.

Em síntese, e por derradeiro, os corpos mortos falam pela forma como morrem, e a assistência, a audiência e o *trending topics* que demonstram o alto consumo dessas mortes diz muito sobre a sociedade e como ela se alimenta do sofrimento, e dessa representação violenta e sua insensibilidade à mesma.

REFERÊNCIAS

- ALAGIA, Alejandro. **Fazer Sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- BENJAMIN, R. **Race After Technology**. Cambridge: Polity Press, 2019.
- BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e Discursos do Poder: A Legitimação Discursiva do Processo de Encarceramento da Juventude Pobre no Brasil**. Tese Doutorado. Universidade Federal do Paraná. 2013.
- DIETER, M. S. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.
- GUATTARI, Félix. **Caosmose**. São Paulo: editora 34, 2019.
- GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Papyrus, 2020.
- LEAL, Jackson Silva. Uma Razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública (RBSP) v. 15 n.1**. São Paulo: 2021. (no prelo).
- LEAL, Jackson. ROSA, Alex. GOVERNANDO POR MEIO DA INSENSIBILIDADE: A SEGURANÇA PÚBLICA E GESTÃO BIOPOLÍTICA DOS CORPOS – A ADMINISTRAÇÃO DA MORTE NAS PRISÕES. In: **Revista Direito em Debate. V. 30 n. 55**. Ijuí/RS, 2021 (no prelo).
- MCILWAIN, C. D. **Black Software: The Internet & Racial Justice, from the AfroNet to Black Lives Matter**. New York, Oxford University Press, 2020.
- O'NEIL, C. **Weapons of Math Destruction: how big data increase inequality and threatens democracy**. NY: Crown, 2016.
- POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do Sensível: Estética e Política**. São Paulo: Ed. 34, 2009.
- RIEDER, Bernhard. Introducing YouTube Data Tools. In: <https://www.youtube.com/watch?v=sbErTW2MzCY>. 54'32''. Acesso em: 10 Fev 2021.
- ROLNIK, Suely. **Esferas da Insurreição: notas para uma vida não cafetinada**. São Paulo: n-1 edições, 2019.
- ROSA, A.; PESSOA, S. A.; LIMA, F. S. Neutralidade tecnológica: reconhecimento facial e racismo. **V!RUS**, São Carlos, n. 21, Semestre 2, dezembro, 2020. [online]. Disponível em: <<http://www.nomads.usp.br/virus/virus21/?sec=4&item=9&lang=pt>>. Acesso em: 10 Fev. 2021.
- VECHI, Fernando. **2015: a divulgação das interceptações eletrônicas entre Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff**. 2018. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
- WARK, Mackenzie. **Capital is dead**. London: Verso, 2019.

PANDEMIA E SIGILO:

acesso à informação prisional no
contexto Sul-Rio-Grandense do Brasil

Luiz Antônio Bogo Chies

PANDEMIA E SIGILO: acesso à informação prisional no contexto Sul-Rio-Grandense do Brasil ¹

Luiz Antônio Bogo Chies²

INTRODUÇÃO

Há 50 anos – fevereiro de 1971 – Michel Foucault, Pierre Vidal-Naquet e Jean-Marie Domenach apresentavam o Manifesto do GIP (Grupo de Informações sobre as Prisões), chamando-nos a atenção para o fato de que:

Publicam-se poucas informações sobre as prisões; é uma das regiões escondidas de nosso sistema social, uma das caixas-pretas de nossa vida. Temos o direito de saber, nós queremos saber. (...) Essas informações, não é nos relatórios oficiais que as encontraremos. (FOUCAULT, 2003, p. 2)

A perspectiva do GIP não só demonstrava a importância de se escutar aqueles que “têm uma experiência da prisão ou uma relação com ela” (FOUCAULT, 2003, p. 2), mas que as fontes oficiais pouco ou nada se prestam para dar a conhecer o que se passa nas prisões.

Em 2006 Fernando Salla publicou um balanço do estado da arte das pesquisas brasileiras sobre prisões na área das Ciências Sociais (SALLA, 2006). Observa um incremento de estudos a partir dos anos 2000 e registra, como importante desafio para a área, a precariedade de fontes e de informações de boa qualidade: “Os sistemas penitenciários no Brasil ainda geram dados estatísticos sem regularidade e de qualidade insatisfatória, dificultando a construção de análises comparativas e de longo prazo” (SALLA, 2006, p. 119).

¹ Este estudo utiliza dados e informações disponibilizados até 04 de janeiro de 2021. Após esta data, sites e formas de publicização de dados e informações podem ter sido modificadas.

² Professor e Pesquisador na Universidade Católica de Pelotas (RS/Brasil), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos. Doutor em Sociologia (UFRGS); estágio pós-doutoral em Direito, ênfase em Direitos Humanos e Democracia (UFPR). Coordenador do GITEP (Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais-Penitenciários). E-mail: .

Nos mais recentes Planos Nacionais de Política Criminal e Penitenciária – 2011; 2015; 2020-2023 –, elaborados a partir do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), a necessidade de produção de dados com qualidade, incluindo a transparência dos mesmos, tem sido recorrente e transversal a outras medidas e metas identificadas para o enfrentamento racional e qualitativo da questão penitenciária.

Em 2016 o FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública) apresentou relatório da meta 2 do projeto “Pesquisa e análise de dados vinculados ao campo da segurança pública e sistema penitenciário”, referente ao termo de parceria N° 817052/2015 estabelecido com o Ministério da Justiça (FBSP, 2016). O documento está focado nos sistemas penitenciários e é de se destacar algumas observações e conclusões.

Sobre a importância da produção de dados e informações sistematizadas e consistentes: “(...) é condição necessária para o desenvolvimento de uma política pública consistente na área” (FBSP, 2016, p. 2); “Sem um setor estruturado para a coleta e análise destas informações, o poder público não tem como fazer o planejamento estratégico do setor prisional” (FBSP, 2016, p. 13).

Acerca da transparência e das contribuições que a Academia pode oferecer, com pesquisas, observatórios etc.:

É importante que os estados tenham em mente que o controle externo é um fator importante de transparência da política pública e que planejem a implantação desse tipo de procedimento em um futuro próximo. (FBSP, 2016, p. 23)

Como a administração penitenciária raramente dispõe de tempo e profissionais para a análise do dado, esta troca com os pesquisadores na academia poderia ser benéfica para o setor. (FBSP, 2016, p. 33)

Por fim, um cenário de desafios e oportunidades (FBSP, 2016, p. 39).

É dentro deste contexto que situamos o presente estudo. Nosso objetivo é, a partir na análise de dados disponibilizados de forma pública pelos órgãos de administração penitenciária do estado do Rio Grande do Sul, avaliar perspectivas de transparência e respeito aos Direitos Humanos num dos recentes eventos que mais impactos e riscos provocaram à saúde individual e pública e, em especial, aos ambientes prisionais: a pandemia Covid-19.

Adotamos como premissa que o direito à saúde e o direito de acesso à informação são dialógicos e complementares sob a perspectiva dos Direitos Humanos, circunstância que se amplifica num contexto de pandemia.

Como parâmetros de análise adotamos, também, os termos da Resolução nº 1/2020 – Pandemia e Direitos Humanos nas Américas – aprovada em 10 de abril de 2020 pela CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) da OEA (Organização dos Estados Americanos).

Em sua parte considerativa, a Resolução reconhece “o papel crítico da imprensa, o acesso universal à Internet através das fronteiras, a transparência e o acesso à informação pública a respeito da pandemia e as medidas adotadas para contê-la e atender as necessidades básicas da população” (OEA, 2020, p. 6).

Já em sua parte resolutiva, no tópico “Estados de exceção, restrições às liberdades fundamentais e Estado de Direito”, estabelece o dever de:

32. Assegurar o **direito de acesso à informação pública** durante a emergência gerada pela COVID-19 e não estabelecer limitações gerais baseadas em razões de segurança ou ordem pública. Os órgãos que garantem este direito e os sujeitos obrigados devem atribuir prioridade às solicitações de acesso à informação relacionadas com a emergência de saúde pública, bem como **informar proativamente, em formatos abertos e de maneira acessível, a todos os grupos em situação de vulnerabilidade³, de forma desagregada**, sobre os impactos da pandemia e os gastos de emergência, desagregados de acordo com as melhores práticas internacionais. Nos casos de adiamento dos prazos de solicitações de informação em assuntos não vinculados à pandemia, os Estados deverão justificar a decisão, estabelecer um prazo para cumprir a obrigação e admitir a apelação dessas resoluções. (OEA, 2020, p. 12. Grifei)

Nosso horizonte de análise se vincula à malha prisional do estado do Rio Grande do Sul, composta por 110 estabelecimentos, distribuídos em 78 municípios e agrupados em 10 regiões, com suas respectivas Delegacias. A 5ª Região, com presídios e penitenciárias nos municípios de Camaquã, Canguçu, Jaguarão, Pelotas, Rio Grande e Santa Vitória do Palmar, é foco privilegiado do estudo, já que região geográfica do GITEP (Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais-Penitenciários) que, vinculado à UCPel (Universidade Católica de Pelotas), mantém sobre a mesma agenda de pesquisas, além de um observatório do sistema prisional.

³ Nos termos da Resolução (OEA, 2020, p. 6), pessoas privadas de liberdade estão entre os grupos em situação especial de vulnerabilidade.

1. A GESTÃO ESTADUAL DO SISTEMA PRISIONAL: INFORMAÇÃO, DADOS E TRANSPARÊNCIA?

No Rio Grande do Sul a execução das penas privativas de liberdade é realizada pela Susepe (Superintendência dos Serviços Penitenciários), órgão estruturado pela Lei nº 5.745, de 28 de dezembro de 1968, atualmente subordinada à Seapen (Secretaria da Administração Penitenciária) (SUSEPE, 2020). Esta, criada pela Lei de nº 15.246, de 2 de janeiro de 2019, tem atribuição “de planejar, propor e coordenar a política penitenciária do Rio Grande do Sul, promovendo ações efetivas para reintegração social dos indivíduos privados de liberdade” (SEAPEN, 2020). Também “presta apoio técnico ao órgão vinculado (Superintendência dos Serviços Penitenciários - Susepe), quanto à implantação dos princípios e das regras da execução penal” (SEAPEN, 2020). Antes de 2019 a Susepe estava subordinada à SSP (Secretaria da Segurança Pública).

A estrutura organizacional da Seapen – conforme dados de seu site⁴ –, possui como organograma: Gabinete do Secretário, ao qual ficam vinculados a Chefia de Gabinete e as Assessorias Técnica e de Planejamento, de Controle Interno, Jurídica, e de Comunicação Social. À Direção-Geral do Gabinete ficam vinculados todos os departamentos: de Políticas Penitenciárias; de Inteligência Penitenciária; de Engenharia e Arquitetura Penitenciária; de Gestão Orçamentária e Financeira; e, Administrativo.

Quanto à Susepe, a estrutura é: Gabinete do Superintendente; Superintendência Adjunta; Corregedoria Geral dos Serviços Penitenciários; Escola do Serviço Penitenciário; Departamento de Segurança e Execução Penal; Departamento de Tratamento Penal; Departamento de Planejamento; Departamento de Engenharia Prisional; Departamento Administrativo.

Nestes organogramas e estruturas não se evidenciam, com clareza, setores específicos e especializados em estatísticas prisionais. Na Seapen há um Departamento de Inteligência e uma Assessoria de Comunicação. Na Susepe, o Departamento de Planejamento, o de Segurança e Execução Penal, bem como o de Tratamento Penal. Conforme os detalhamentos dos Decretos nº 48.278, de 25 de agosto de 2011, e nº 54.677, de 25 de junho de 2019, os quais dispõem, respectivamente, sobre as estruturas básicas da Susepe e Seapen, bem como acerca das atribuições de cada um dos departamentos, percebe-se: a) todos tendem a demandar dados e estatísticas para bem realizar o que lhes compete; b) não há nenhuma clareza sobre a qual deles competem atribuições relacionadas à coleta e produção de dados e, tampouco, elaboração de estatísticas e informações sistematizadas e consistentes.

⁴ Aqui utilizaremos os dados dos sites da Seapen e da Susepe pois que são, justamente, os canais públicos diretamente acessíveis.

No entanto, o estado do Rio Grande do Sul, ao responder os questionamentos da pesquisa realizada pelo FBSP através de parceria com o Ministério da Justiça, indicou o Decreto nº 48.278/2011 como o marco legal que estruturava e descrevia as atribuições e competências peculiares de seu setor de estatística e/ou produção e controle da informação (FBSP, 2016, p. 12)⁵.

Diante deste quadro convém, portanto, frisar alertas também constantes do relatório: “Sem um setor estruturado para a coleta e análise destas informações, o poder público não tem como fazer o planejamento estratégico do setor prisional. (...) atividades de inteligência, atividade tipicamente policial e que não se confunde com a análise de dados estatísticos” (FBSP, 2016, p. 12-13).

Ainda se observando os sites, sob uma perspectiva ampla de informações e dados, ambos possuem a opção “Acesso à informação”. Não obstante a importância desses links, em ambos os casos não se referem à população encarcerada.

Quanto a esta, o site da Susepe apresenta na sua página de capa, com a denominação “Mapa prisional”, dados periodicamente atualizados do “Total População prisional” do estado, bem como o quantitativo de homens e mulheres presos. Ainda é possível acessar a aba “Dados estatísticos” e obter detalhamentos pelas seguintes categorias: cor; estado civil; faixa etária; número de filhos; grau de instrução; religião; e, município de origem.

Ainda que tais informações sejam acessíveis, o que sugere que existe um trabalho interno de coleta e produção de dados, além de elaboração de estatísticas, trata-se de uma publicização de dados agregados⁶, os quais não viabilizam sofisticadas análises mais produtivas, como, inclusive, alerta o relatório do FBSP (2016, p. 31).

Ao longo dos últimos anos os governos do Rio Grande do Sul têm produzido um vai-e-vem, entre avanços e retrocessos, na acessibilidade das informações atinentes à questão penitenciária, não obstante as perspectivas trazidas pela chamada Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011).

Até 2018 ainda era possível acessar dados agregados da população prisional por cada estabelecimento prisional, através do site da Susepe. A atualização não seguia frequência regular, mas permitia um acompanhamento longitudinal de aspectos amplos das populações carcerárias, sexo, regimes de execução e situação processual.

⁵ Ainda que a projeto “Pesquisa e análise de dados vinculados ao campo da segurança pública e sistema penitenciário”, realizado FBSP, seja anterior à criação da Seapen (FBSP, 2016), em aspectos substanciais muito pouco se alterou em relação às estruturas e práticas de produção de dados e informações sistematizadas e consistentes.

⁶ Dados sumarizados; tratados estatisticamente (percentagens, proporções, etc.).

Em 2 de agosto de 2019, através da Portaria SSP nº 127, a Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul regulou restrições de acesso à informações que, para questões específicas do âmbito prisional, afetaram as seguintes dimensões: Assuntos prisionais, guarda e escolta de presos e armas; imagem interna de área de segurança de unidade prisional; plantas baixas e arquitetônicas de unidade estratégicas, prisionais e conexas.

Quanto ao primeiro tópico – Assuntos prisionais, guarda e escolta de presos e armas –, este foi categorizado como “sigiloso”, com possível classificação de “secreto”, além de ter 15 anos como prazo máximo de restrição. A Portaria apresenta como fundamento para as restrições os incisos IV e VIII do artigo 7º da Lei Federal nº 9.807 (de 13 de julho de 1999), a qual estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas.

Devemos recordar que a Susepe era subordinada à Secretaria de Segurança Pública, mas também que a Seapen – Secretaria à qual passa então a se subordinar – foi criada em janeiro de 2019, data anterior à Portaria SSP nº 127. De qualquer modo, o acesso à informações sobre a questão penitenciária no Rio Grande do Sul foram imediatamente impactados.

Como última reflexão acerca do contexto amplo do acesso aos dados prisionais na realidade sul-rio-grandense, abordamos a questão dos Comitês de Ética em Pesquisa (sistema CEP-CONEP).

Criado pelo Conselho Nacional de Saúde através da Resolução 196/96, o sistema gerou os denominados Comitês de Ética em Pesquisa (CEP), que se vinculam à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Os CEP se organizam e se localizam nas instituições onde as pesquisas se realizam, em especial nas Universidades e Instituições de Ensino Superior, e devem avaliar todos os projetos de pesquisa envolvendo seres humanos sob o prisma da ética da pesquisa. Destaca-se que nas normativas do sistema CEP-CONEP as populações encarceradas são consideradas – como sujeitos de pesquisa – vulnerabilizadas e merecedoras de criteriosa proteção.

Os pesquisadores da questão penitenciária no Rio Grande do Sul, até 2019, obedientes às normas e diretrizes nacionais, realizavam o seguinte fluxo em seus projetos: 1) apresentação do projeto de pesquisa à Escola do Serviço Penitenciário da Susepe (órgão responsável pela área de pesquisas), para fins de autorização preliminar, documento necessário à instrução do processo perante o sistema CEP-CONEP; 2) protocolo do projeto de pesquisa perante o CEP da instituição (geralmente Universidade) de origem do pesquisador; 3) recebido o parecer favorável do CEP, comunicavam à Escola do Serviço Penitenciário da Susepe, a qual realizava a autorização final para o início da pesquisa.

Em 2019, através da Portaria 210/2019, a Susepe criou seu próprio “Comitê de Ética em Pesquisa no Sistema Penitenciário do RS (CEP-PEN/RS)”, devendo, então, os projetos serem diretamente protocolados no mesmo. Contudo, em 11 de setembro de 2020, a Portaria nº 119/2020, tornou sem efeito a anterior.

Atualmente, quando se contata a Escola do Serviço Penitenciário para fins de obter autorização para pesquisas no âmbito prisional do Rio Grande do Sul, recebe-se como resposta: “(...) Estamos aguardando nova publicação de portaria para podermos dar andamento nas pesquisas”⁷.

Ou seja, em termos de acesso à informação e pesquisa, no contexto sul-rio-grandense, nossas opções (pesquisadores da área) são: recorrer aos trâmites – on-line –, e suas consequentes evasivas e morosidades, dos canais decorrentes da Lei de Acesso à Informação (mas o contexto de pandemia Covid-19 requer urgência); trabalhar com a precária qualidade dos dados publicizados pelos órgãos governamentais; aguardar que um dia a Susepe reestruture seu CEP-PEN.

2. A OBSCURA TRANSPARÊNCIA DOS DADOS PRISIONAIS SUL-RIO-GRANDENSES NA PANDEMIA COVID-19

Evidenciado o contexto de pandemia Covid-19 os órgãos de gestão do sistema penitenciário sul-rio-grandense deram início à elaboração de protocolos, planos, normativas e medidas para o enfrentamento em termos de “prevenção e mitigação dos danos” (SEAPEN; SUSEPE, 2020, s.p.).

No “Plano de Contingência Conoravirus”, apresentado em 20 de abril de 2020, uma medida se destaca: “Emissão de Boletim Diário • Geração e encaminhamento aos gestores de boletins informativos diários, a contar de 21 de março de 2020, viabilizando a análise da progressão da pandemia no sistema prisional” (SEAPEN; SUSEPE, 2020, s.p.).

Tal medida sugere o reconhecimento da importância de coleta/produção de dados e de informações sistematizadas e consistentes para fins de enfrentamento da pandemia.

O acompanhamento da cobertura por parte dos órgãos de imprensa também sugere que estes não enfrentaram maiores obstáculos quanto ao acesso à informação. Contudo, enquanto a imprensa focaliza sua atuação em episódios pontuais (como o registro de um primeiro caso ou um surto em algum estabelecimento prisional), a perspectiva dos estudos e trabalhos da Academia é diferente. Quanto a esta demanda

⁷ Conteúdo do e-mail recebido pelo autor, em 6 de novembro de 2020 (9h47min), após demanda de autorização de pesquisa.

300 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

de informações, as posturas e práticas da gestão prisional se mostraram de obscura transparência.

Situação reveladora ocorreu no dia 31 de julho de 2020, quando a Susepe publicou no Diário Oficial do estado a Ordem de Serviço nº 03, de 28 de julho de 2020. Após determinar que “Os Estabelecimentos Prisionais do Estado do Rio Grande do Sul devem ter, ao menos, um servidor penitenciário responsável pela coleta, análise e envio dos dados quanto às pessoas presas suspeitas, detectadas, descartadas, recuperadas e que, eventualmente, vierem a óbito em razão do COVID-19”, bem como estabelecer o fluxo de tais dados, determinou:

Art. 4º Com exceção do fluxo estabelecido nesta Ordem de Serviço fica **proibida a divulgação de qualquer informação relacionada aos casos de COVID-19 no Sistema Penitenciário do Estado**, especialmente por meio da concessão de entrevistas, publicações em redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, tais como WhatsApp.

Parágrafo único. As exceções a essa regra devem ser autorizadas pelo Gabinete do Superintendente dos Serviços Penitenciários.

Tão negativa foi a repercussão produzida que, já na edição seguinte do Diário Oficial do estado, a Susepe publicou a Ordem de Serviço nº 04, de 31 de julho de 2020, revogando a anterior. Não obstante a formal revogação, pode-se dizer, em linguagem mais informal, “que o recado foi dado” e se somou aos conteúdos da já mencionada Portaria SSP nº 127, da Secretaria de Segurança Pública, que categorizou os assuntos prisionais como sigilosos, com possível classificação de secretos.

Em instituições como a Susepe, apesar de suas hierarquias envolverem Delegacias Penitenciárias Regionais e Administrações de estabelecimentos prisionais, as práticas de desconfiança, vigilância, persecução e punição se evidenciam com facilidade⁸. “Recados” deste tipo tendem a inibir a autonomia de níveis da hierarquia e a demanda de autorizações superiores colocam pesquisadores no fluxo de uma burocracia que se orienta à preservação do sigilo.

A partir de 23 de julho de 2020 a Seapen deu início à divulgação, através de seu site, de um Boletim Diário com dados da Covid-19 no sistema prisional do estado. Conforme notícia divulgada no site da Susepe o Secretário da Seapen:

(...) disse que a divulgação dos dados cumpre um compromisso de governo: “Temos obrigação com a transparência, então

⁸ É de se sugerir que, nas categorias sociológicas propostas por Pierre Bourdieu, constituem-se como *habitus* e senso prático de um campo penitenciário.

estivemos todo esse tempo nos preparando para que pudéssemos fornecer esses dados, com a devida exatidão e segurança, dando, assim, nossa contribuição aos órgãos de saúde e ao enfrentamento desta pandemia pela sociedade gaúcha". (SUSEPE, 2020b)

Desde então, esta é considerada a fonte oficial de dados que, na perspectiva de acesso imediato à informação e transparência, deverá ser buscada. No site da Seapen, acessando-se o link "Relatório Covid-19", somam-se à disponibilização diária do boletim, também as opções "Normativas" e "Plano de Contingência", nas quais se encontram, como indicam os termos, os principais documentos do governo do estado e dos órgãos de gestão prisional acerca do enfrentamento da pandemia.

A opacidade da transparência alegada decorre, em especial, da sistemática de disponibilização dos dados (cada Boletim Diário fica acessível por cerca de 24 horas, pois quando disponibilizado o mais atual o anterior é retirado do acesso direto através do site) e da estrutura de apresentação dos mesmos.

A primeira página do Boletim (disponibilizado como apresentação de Powerpoint salva como arquivo .pdf) traz sua data de referência e o horário de compilação dos dados. Em sequência, um primeiro conjunto de dados (PESSOAS PRESAS – QUADRO GERAL) apresenta os números de suspeitos, o qual se refere ao dia do Boletim, os de casos detectados, descartados, recuperados e óbitos, estes como somatórios do período da pandemia. Como detalhamentos são utilizadas as categorias regime de cumprimento de pena (fechado ou semiaberto) e a localização da pessoa presa no ambiente carcerário (Triagem/Isolamento ou Área de Vivência). Ainda neste conjunto, o número de presos vacinados para o H1N1 e o de testes realizados.

O segundo conjunto de dados, que geralmente ocupa duas páginas, apresenta, a partir da identificação do estabelecimento penal, o número de casos suspeitos e detectados e em acompanhamento no respectivo dia.

Ainda um último conjunto mostra o mapa do estado subdividido nas chamadas Regiões Covid, ou seja, agrupamentos de municípios que, regionalizados sob critérios do sistema estadual de saúde, devem, conforme critérios de riscos, acolher medidas mais ou menos intensas de restrições preventivas ao contágio pela Covid-19. Neste mapa são indicadas as Regiões Covid que possuem estabelecimentos prisionais elencados no conjunto anterior de dados (casos suspeitos ou detectados em acompanhamento).

As críticas a este sistema e padrão de disponibilização pública de dados podem ser parametrizadas pelos critérios da Resolução nº 1/2020 – Pandemia e Direitos

Humanos nas Américas – OEA (2020), bem como pelas análises do estudo do FBSP sobre os sistemas estaduais de produção e tratamento de dados em relação à questão penitenciária (FBSP, 2016), com ênfase nas seguintes perspectivas: a) acessibilidade dos dados; b) transparência dos mesmos, através da apresentação desagregada; e, c) favorecimento da utilização dos dados por pesquisadores que podem colaborar com os setores da gestão pública. Há que se considerar, ainda, situações nas quais uma perspectiva impacta em outras.

A acessibilidade dos dados, como mencionado, é momentânea. Cada Boletim Diário é disponibilizado publicamente por cerca de 24 horas, até ser substituído pelo mais recente. Não há um “banco de dados” de acesso público que favoreça a utilização por parte de pesquisadores, salvo por iniciativa e esforço dos próprios na coleta e armazenamento diário dos boletins.

A transparência dos dados é prejudicada tanto pela apresentação agregada, como por alguns critérios não serem explícitos (tais como a diferença entre os números de suspeitos, o qual se refere ao dia do Boletim, os de casos detectados, descartados recuperados e óbitos, estes como somatórios do período da pandemia).

Análises na sequência dos boletins também permitem identificar questões que afetam a credibilidade de dados. Por exemplo: no dia 02 de novembro são computados 1.160 casos detectados em áreas de vivência, no boletim seguinte (03 de novembro), esse número se reduz para 1.156 casos; Entre 17 e 19 de novembro novamente o número de casos detectados em áreas de vivência é alterado, de 1.227 para 1.226.

Noutro aspecto, o de casos suspeitos, também se encontram divergências nos dados. Em diferentes boletins do mês de novembro o número apresentado como total de casos suspeitos no segundo conjunto de dados (desagregado por estabelecimento penal) não corresponde ao somatório dos dados apresentados no primeiro conjunto (agregados para o estado).

Logo, percebendo-se tais peculiaridades da publicização dos dados, dentre as quais até mesmo a não necessária apresentação dos mesmos através de uma aproximação de regiões penitenciárias, podemos concluir que não só há um desfavorecimento para a utilização deles por pesquisadores, como a prática – defendida pelos gestores públicos como de transparência – não se coaduna com as efetivas perspectivas de respeito aos Direitos Humanos na relação pandemia Covid-19 e acesso à informação, conforme termos da Resolução nº 1/2020 da OEA (2020).

3. ANALISANDO DADOS: MAIS PERGUNTAS DO QUE RESPOSTAS

Além de significativamente espalhada pelo território estadual, a malha de estabelecimentos prisionais no Rio Grande do Sul é diversificada em aspectos estruturais: 35% dos estabelecimentos possuem capacidade para até 100 presos; outros 35% entre 101 e 250; com capacidade até 500 vagas são 15%; entre 501 e 1.000 vagas, 10%; e, acima de 1.000, 5%. Ou seja, em sua grande maioria são estruturas que devem ser consideradas de pequeno porte.

Quanto à temporalidade dos prédios, 27% foram construídos entre 1950 e 1960; 10% são anteriores à década de 1950, incluindo dois estabelecimentos em prédios do século XIX; entre os anos de 1970 e 1999 datam 38%; os demais 25% foram inaugurados a partir do ano 2000. Tratam-se, em sua maioria, de edifícios antigos e que, ao longo do tempo, têm sofrido reformas e adaptações⁹.

A 5ª Região oferece uma mostra significativa das diversidades existentes.

QUADRO 1 – Detalhamentos dos estabelecimentos penais da 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul – junho de 2019

Estabelecimento	Data de Inauguração do prédio	Capacidade de vagas declarada	Total da população encarcerada em junho de 2019	Possui consultório médico?
Presídio Estadual de Jaguarão	01/01/1860	154	132	Não
Presídio Regional de Pelotas	10/01/1960	366	1125	Sim
Presídio Estadual Santa Vitoria do Palmar	28/12/1968	48	119	Não
Presídio Estadual de Canguçu	10/03/1983	60	84	Não
Presídio Estadual de Camaquã	20/04/1989	392	393	Sim
Penitenciária Estadual de Rio Grande	17/04/1997	568	925	Sim

Fonte: INFOPEN, 2020. Compilado pelo autor.

⁹ Percentuais contabilizados a partir da base de dados .xls janeiro-junho de 2019, disponibilizada no site do INFOPEN (Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro), acessado em 31 de dezembro de 2020.

Não há dúvidas de que se trata de configurações desafiadoras à gestão, sobretudo num contexto de pandemia como a do Covid-19 se apresentou.

O “Plano de Contingência Coronavirus” (SEAPEN; SUSEPE, 2020) estabeleceu um conjunto de fluxos e procedimentos operacionais (denominado de “medidas progressivas”), os quais incluíram: adoção de área de triagem na entrada de todo estabelecimento prisional; destinação de duas áreas de isolamento por estabelecimento ou, caso não seja possível, por região; criação de tendas de atendimento/isolamento; criação de tendas de segregação preventivas; adequação das Unidades Básicas de Saúde nos estabelecimentos prisionais para atendimento emergencial; ocupação de prédios públicos; criação de centrais de isolamento nos institutos penais.

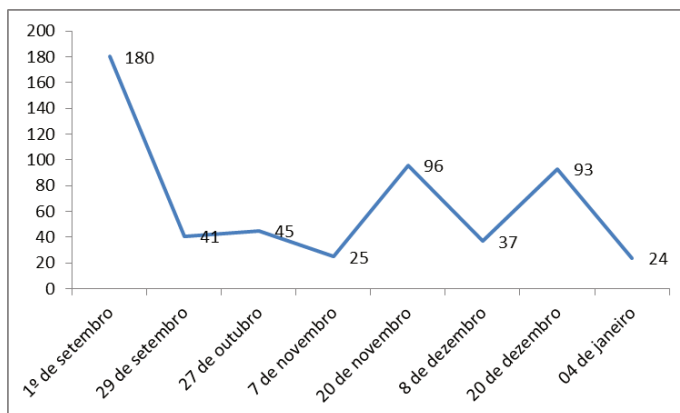
Quanto aos fluxos, destacam-se as orientações de encaminhamento das pessoas presas identificadas com Covid-19, conforme a gravidade dos casos: para cela de isolamento exclusiva ou através de divisão da cela por meio físico (quando possível a criação de tendas para tal fim); para Unidade Básica de Saúde; para hospitais. Para presos ingressantes o fluxo estabeleceu 14 dias de isolamento obrigatório em centrais de triagem/isolamento ou, quando não possível, em celas de isolamento dentro dos estabelecimentos prisionais.

Ainda propôs, “com base em critérios territoriais voltados ao atendimento de todas as regiões do Estado” (SEAPEN; SUSEPE, 2020, s.p.), a criação de nove tendas de segregação preventivas e 12 centrais de isolamento em institutos penais. Registre-se que se trata, nos termos do plano, de “Alternativa quando as demais medidas não forem suficientes em razão da evolução da pandemia” (SEAPEN; SUSEPE, 2020, s.p.).

Não obstante o Plano sugerir ações coordenadas e, caso necessário, progressivas na estruturação de um sistema de enfrentamento da pandemia, os dados divulgados através dos Boletins Diários apontam que cada estabelecimento prisional – na diversidade de suas configurações – enfrentou os riscos a partir de suas exclusivas estruturas. Do que decorre que alguns demonstraram desempenhos melhores, outros nem tanto, sem que, até o momento, tenha-se clareza dos porquês.

Reunindo os Boletins Diários disponibilizados no site da Seapen num banco de dados, destacamos abaixo datas de picos de altas e baixas de casos de Covid-19 detectados e em acompanhamento nos estabelecimentos penais sul-rio-grandenses entre 1º de setembro de 2020 e 04 de janeiro de 2021.

GRÁFICO 1 - Casos de Covid-19 detectados e em acompanhamento nos estabelecimentos penais sul-rio-grandenses - 1º de setembro de 2020 a 04 de janeiro de 2021



Fonte: SEAPEN. Compilado pelo autor.

Em relação às datas utilizadas no Gráfico, apresentamos os três estabelecimentos que, a cada dia, registraram maior número de casos detectados e em acompanhamento.

QUADRO 2 – Destaques de casos de Covid-19 detectados e em acompanhamento nos estabelecimentos penais sul-rio-grandenses - 1º de setembro de 2020 a 04 de janeiro de 2021

Data	Estabelecimento	Casos detectados em acompanhamento	Região Penitenciária
1º/09	Presídio Estadual de Três Passos	27	3ª
	Presídio Estadual de Rio Grande	25	5ª
	Penitenciária Estadual de Caxias do Sul	89	7ª
29/09	Presídio Estadual de Taquara	8	1ª
	Instituto Penal Irmão Miguel Dario	5	10ª
	Instituto Penal de Ijuí	4	3ª

306

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

27/10	Presídio Estadual de Erechim	13	4 ^a
	Instituto Penal de Ijuí	5	3 ^a
	Presídio Estadual de Santa Vitória do Palmar	5	5 ^a
07/11 (*)	Presídio Estadual de Santa Vitória do Palmar	5	5 ^a
	Instituto Penal de Charqueadas	3	9 ^a
	Instituto Penal de Passo Fundo	2	4 ^a
20/11	Presídio Regional de Santo Ângelo	45	3 ^a
	Penitenciária Estadual de Charqueadas	11	9 ^a
	Instituto Penal de Passo Fundo	9	4 ^a
08/12	Presídio Regional de Santo Ângelo	9	3 ^a
	Instituto Penal de Passo Fundo	9	4 ^a
	Presídio Regional de Passo Fundo	6	4 ^a
20/12 (**)	Presídio Regional de Caxias do Sul	38	7 ^a
	Presídio Regional de Passo Fundo	20	4 ^a
	Instituto Penal de Passo Fundo	9	4 ^a
	Presídio Regional de Santo Ângelo	9	3 ^a
04/01/2021	Presídio Regional de Santo Ângelo	9	3 ^a
	Instituto Penal de Passo Fundo	3	4 ^a
	Penitenciária Modulada de Ijuí	2	3 ^a

Fonte: SEAPEN. Compilado pelo autor.

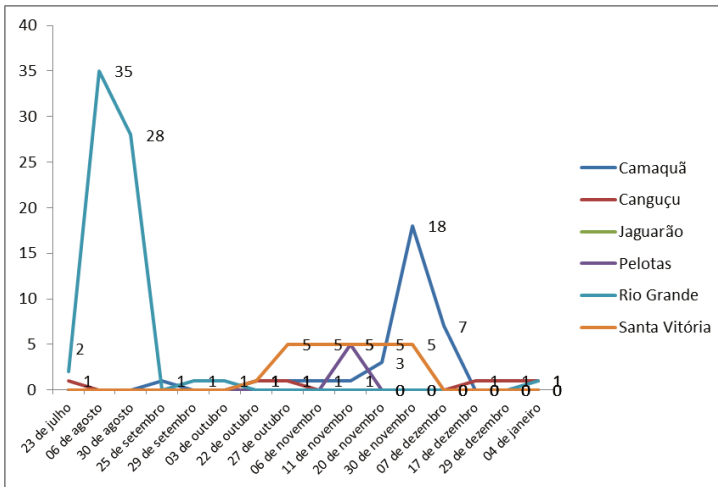
Análises – que só se permitem preliminares e exploratórias em face da qualidade, detalhamento e completude dos dados publicamente ofertados pelos órgãos de gestão – trazem mais perguntas do que respostas.

O Gráfico 1 sugere que a partir de setembro ocorreu algum nível de controle da pandemia no âmbito do sistema prisional, haja vista abrupta queda no número de casos detectados e em acompanhamento. Em cerca de um mês se passa de 180 para 41. Contudo, trata-se de um controle frágil, haja vista as oscilações verificadas.

Já o Quadro 2 indica que algumas Regiões Penitenciárias, em especial a 3ª e a 4ª, bem como alguns estabelecimentos prisionais, mantiveram-se mais vulneráveis a situações de contágio.

Detalhando-se a 5ª Região Penitenciária outras questões emergem.

GRÁFICO 2 - Casos de Covid-19 detectados e em acompanhamento nos estabelecimentos penais da 5ª Região Penitenciária sul-rio-grandense – 23 de julho de 2020 a 04 de janeiro de 2021



Fonte: SEAPEN. Compilado pelo autor.

Foi justamente a Penitenciária Estadual de Rio Grande – o mais novo estabelecimento penal da 5ª Região, bem como o melhor estruturado em termos de Unidade Básica de Saúde – que enfrentou o maior surto (em números absolutos) de contágio no período analisado. No contraponto, o Presídio Estadual de Jaguarão, localizado em prédio que data de 1860 e que sequer possui consultório médico, apesar de já ter registrado caso suspeito, não teve nenhum contágio ao longo do mesmo período.

308 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

Em Pelotas o Presídio Regional – estabelecimento de significativo porte e fluxo de encarcerados, haja vista sua natureza na 5ª Região e sua localização num dos maiores municípios do estado – também obteve êxito em não registrar contágios. Os cinco casos notificados ocorreram em seu Anexo, antes da pandemia destinado aos presos dos Regimes Semiaberto e Aberto e local para o qual foram deslocados os presos da chamada “galeria dos trabalhadores” (abrindo espaço para a criação de uma “galeria de triagem e isolamento para presos ingressantes”, conforme estabelecido no Plano de Contingência).

No Presídio Estadual de Camaquã um surto se verificou entre fins de novembro e início de dezembro. Com um ápice de 18 registros, proporcionalmente foi mais intenso do que o da Penitenciária Estadual de Rio Grande. Também ocorreu em período no qual já se poderia supor uma experiência acumulada no manejo das medidas de contingência da pandemia.

No município de Canguçu o Presídio Estadual não foi significativamente afetado, ainda que tenha dois registros confirmados. Já no Presídio Estadual de Santa Vitória do Palmar, também estabelecimento de pequeno porte, mas com lotação cerca de 100% acima das suas 48 vagas, cinco casos foram confirmados em novembro. Na data final do período abrangido neste estudo (04 de janeiro de 2021), 21 casos suspeitos se encontravam em análise.

Mesmo que os números absolutos do Rio Grande do Sul, quando comparados com outros estados brasileiros, e os da 5ª Região, quando comparados com outras no estado, apresentem-se aparentemente satisfatórios quanto ao sucesso no enfrentamento da pandemia Covid-19, alguns sinais de alerta são necessários, sobretudo quando dados são convertidos em taxas e percentuais.

Exemplificando¹⁰:

Dentre os três estados da Região Sul do Brasil – Paraná (PR), Rio Grande do Sul (RS) e Santa Catarina (SC) – o Rio Grande do Sul, ainda que com a maior população encarcerada, foi o que registrou o menor percentual de casos confirmados nos ambientes prisionais: 4,3%. Em Santa Catarina foram 9,6% e 8% no Paraná.

No estado de São Paulo, que possui a maior população encarcerada do país em números absolutos, o percentual de presos detectados com Covid-19 foi pouco superior ao do Rio Grande do Sul: 4,9% e 4,3%, respectivamente. O percentual de

¹⁰ Os dados utilizados para estas análises conjugam os números totais das populações prisionais existentes no painel interativo do INFOPEN para julho-dezembro de 2019 () e os registros do Boletim de 23 de dezembro de 2020 do Monitoramento semanal dos casos de contágios e mortes por Covid-19 do Conselho Nacional de Justiça (). Ambos os sites foram acessados em 04 de janeiro de 2021.

óbitos dentre os infectados, entretanto, foi menor em São Paulo, 35 (0,3% dos infectados), do que no Rio Grande do Sul: nove (0,5% dos infectados).

Também em relação ao Paraná e Santa Catarina o percentual de óbitos sul-riograndense foi superior, não obstante naqueles maiores as taxas de contágio dentre os encarcerados. Frente aos 0,5% de óbitos no Rio Grande do Sul, no Paraná foram 0,2% e 0,1% em Santa Catarina.

Outros estados apresentaram quadros ainda mais complexos, tais como Roraima, com 5,5% da população encarcerada tendo contraído Covid-19 e, neste grupo, 3,9% de óbitos (oito pessoas); e o Rio de Janeiro, com 0,9% de seus encarcerados contagiados, mas, dentre estes, uma taxa de 3,3% de óbitos.

Ou seja, tão diversificado quanto o “sistema prisional brasileiro” foi a pandemia Covid-19 no interior de suas configurações.

Os dados que apresentamos e analisamos, em especial para o Rio Grande do Sul e para a sua 5ª Região Penitenciária, permitem se sustentar a hipótese de que, apesar da existência de um plano estadual de contingência para o Covid-19, os estabelecimentos penais enfrentaram (e seguem enfrentando) a pandemia mais através das potências e dos limites de suas próprias estruturas, beneficiados ou prejudicados por contextos dos locais (municípios e regiões) nos quais estão situados, do que através de ações efetivamente racionais e sistematizadas desencadeadas pelos órgãos de gestão quanto a políticas de saúde no âmbito prisional.

O Presídio Regional de Pelotas teve maiores possibilidades de criar uma galeria de isolamento preventivo do que a Penitenciária Estadual de Rio Grande. Os fluxos menores de ingressos de presos no período provavelmente favoreceram os números registrados nos Presídios Estaduais de Canguçu e Jaguarão, o que não ocorreu em Camaquã e Santa Vitória do Palmar, vulnerabilizando população encarcerada e servidores públicos.

Estas conclusões talvez sejam taxadas de frágeis, pois que a opacidade dos dados resulta em possibilidades de análises que produzem mais perguntas do que respostas. Reafirma-se que mais poderíamos, como pesquisadores, contribuir com o aperfeiçoamento humano-dignificante da questão penitenciária, acaso a gestão pública não tratasse desta dimensão das políticas públicas e sociais com tanto sigilo, mesmo em detrimento dos Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde setembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) já reconheceu que o sistema penitenciário nacional se caracteriza como “estado de coisas

inconstitucional”¹¹. Dentre as inúmeras violações dos Direitos Humanos decorrentes deste “estado” se destacam as relacionadas à saúde, o que autoriza que em seus relatórios o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) trate do tema no âmbito das principais práticas de tortura identificadas (BRASIL, 2018).

Não obstante esforços para a sofisticação das políticas públicas e sociais de saúde nas configurações prisionais – que inclui, em 2003, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) e, em 2014, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), dentre outras ações e programas – o Brasil ainda sustenta índices gravíssimos, como o que registra existir um risco 34 vezes maior de se contrair tuberculose no sistema prisional do que entre a população em geral (PROJETO PRISÕES LIVRES DE TUBERCULOSE, 2021).

A pandemia Covid-19, através de seus diferentes efeitos e impactos, gerou ampla visibilidade das subcidadanias brasileiras, expondo os resultados perversos das desigualdades sociais e econômicas no país, das segregações, das exclusões, dos privilégios, das omissões e ineficácias (inclusive dolosas) das políticas públicas e sociais. Populações e grupos vulnerabilizados, violados em seus Direitos Humanos, tornaram-se (e de forma dramática e dolorosa, para alguns incômoda) visíveis. As pessoas encarceradas estão dentre essas populações e grupos, frente às quais algo era exigido ser feito.

A questão penitenciária, entretanto, seja através dos manejos políticos e administrativos dos poderes e gestores públicos, seja no que diz respeito às sensibilidades sociais, caracteriza-se por políticas, práticas e paradoxos que testam os limites e as fronteiras entre a dignidade e a indignidade humana.

Neste estudo, analisando o contexto sul-rio-grandense do Brasil no que se refere ao acesso à informação prisional quanto à pandemia Covid-19, exploramos uma dessas dimensões de políticas e práticas limítrofes para a garantia dos Direitos Humanos.

Identificamos o caráter ambíguo da relação gestão do sistema prisional-transparência-direito de acesso à informação pública-efetividade do direito à saúde.

Ambíguo porque as práticas e ações dos gestores das configurações prisionais sul-rio-grandenses (elaboração de um plano de contingência, publicização diária de dados, emissão de notas técnicas, estabelecimentos de fluxos etc.) permitem que o poder público se considere respeitoso à perspectiva de atenção e atendimento pleno das liberdades fundamentais e do Estado de Direito. Contudo, ambíguo uma vez que para além da dimensão exteriorizada de tais práticas e ações, seus conteúdos e

¹¹ Em decisão cautelar na ADPF 347 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental).

sentidos mantêm sigilos, opacidades, blindagens no acesso à informação, os quais reafirmam que as prisões são “caixas-pretas” (dispositivos que só se abrem após desastres) em nossa sociedade.

Ambiguidade, ambivalência, entretanto, não significam equilíbrio de forças. No caso analisado, sustentamos que não obstante a gestão prisional sul-rio-grandense possa alegar práticas de transparência no acesso à informação acerca da Covid-19 nas configurações penitenciárias, a correlação das forças pende significativamente para sigilos e opacidades que violam os Direitos Humanos.

REFERENCIAIS

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm . Acesso em: 20/12/2020.

_____. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Anual (2017)**. 2018. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/relatrioanual20172018.pdf>. Acesso em: 20/12/2020.

CNPCC (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)**. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/plano_nacional/PNCCP-2020-2023.pdf . Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015**. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/plano_nacional/PNCCP-2015.pdf . Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2011**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3231852/plano-politica-criminal-penitenciaria-2011.pdf> . Acesso em: 20/12/2020.

FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). **Diagnóstico sobre os processos e procedimentos de produção de estatísticas e análise de informações em segurança pública e sistema prisional das Unidades da Federação e do Governo Federal**. 2016. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_diagnostico_producao_informacao_sist_penitenciario_2016.pdf . Acesso em: 20/12/2020.

FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber (Ditos e Escritos IV)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, pp.1-3.

OEA (Organização dos Estados Americanos). **Resolução nº 1/2020 – Pandemia e Direitos Humanos nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf> . Acessado em: 20/12/2020.

PROJETO PRISÕES LIVRES DE TUBERCULOSE. Disponível em: <https://www.prisoeslivresdefb.com.br/tb-nas-prisoes>. Acesso em: 04/01/2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 48.278 de 25 de agosto de 2011**. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1315573885_48278.pdf . Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Decreto nº 54.677, de 25 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2054.677.pdf> . Acessado em: 20/12/2020.

_____. **Lei nº 5.745, de 28 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/05.745.pdf> . Acesso em: 20/12/2020.

312 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

_____. **Lei nº 15.246, de 2 de janeiro de 2019.** Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.246.pdf> . Acesso em: 20/12/2020.

SALLA, Fernando. A pesquisa sobre prisões: um balanço preliminar. In: KOERNER, Andrei. (org.) **História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises.** São Paulo: IBCCrim, 2006, pp.105-127.

SEAPEN (Secretaria da Administração Penitenciária). Disponível em: <https://www.seapen.rs.gov.br/inicial> . Acesso em: 20/12/2020.

SEAPEN (Secretaria da Administração Penitenciária); SUSEPE (Superintendência dos Serviços Penitenciários). **Plano de contingência coronavírus.** Disponível em: <https://seapen-admin.rs.gov.br/upload/arquivos/202007/16152259-plano-de-contingencia.pdf> . Acesso em: 20/12/2020.

SSP (Secretaria de Segurança Pública). **Portaria n.º 127, de 02 de agosto de 2019.** Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=308165> . Acesso em: 20/12/2020.

SUSEPE (Superintendência dos Serviços Penitenciários). Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/capa.php> . Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Ordem de serviço nº 04, de 31 de julho de 2020.** Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=452768> . Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Ordem de serviço nº 03, de 28 de julho de 2020.** Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/diario?td=DOE&dt=2020-07-31&pg=73>. Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Portaria nº 210/2019.** Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=345111> . Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Portaria nº 119/2020.** Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=467074> . Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Seapen inicia divulgação de boletim com situação da Covid no sistema prisional.** Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_conteudo=5034&cod_menu=4 . Publicação 23/07/2020. Acesso em: 20/12/2020(b).

PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA:

consequências e lutas em torno do direito
de visita

*Bruna Hoisler Sallet
Bruno Rotta Almeida
Thais Bonato Gomes*

PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA: consequências e lutas em torno do direito de visita

Bruna Hoisler Sallet¹
Bruno Rotta Almeida²
Thais Bonato Gomes³

INTRODUÇÃO

O atual quadro da pandemia do Coronavírus no Brasil é alarmante. Ainda no mês de janeiro de 2021, o país chegou a mais de 8.400.000 casos confirmados e 210.000 mortes (BRASIL, 2021). Não há, no país, condições e estrutura adequada para o tratamento do coronavírus a todas as pessoas contaminadas, o que caracteriza um ambiente já conhecido de vulneração dos direitos dos cidadãos, como o direito social à saúde. O estado do Amazonas, em janeiro de 2021, pediu a transferência, para outros estados, de sessenta bebês prematuros que estão internados em Manaus correndo o risco de ficar sem oxigênio hospitalar, em virtude do aumento da demanda provocado pela explosão de casos da Covid-19.

Igualmente trágica é a situação do sistema prisional do país, com seus conhecidos problemas de superlotação, totalizando 892.235 pessoas presas (CNJ/BNMP, 2021), além da falta de um adequado acesso à saúde, de insalubridade das unidades e de dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos. No sistema prisional, em 21 de dezembro de 2020, foram confirmados 54.807 casos de Covid-19, sendo 41.971 entre

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas, bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2019), com mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra. Integrante do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos, da Faculdade de Direito da UFPel.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-Doutorado em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Coordenador do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Integrante do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos, da Faculdade de Direito da UFPel Advogada.

peçoas presas e 12.836 entre servidores. Em termos percentuais, houve um aumento de 10,2% em relação aos últimos trinta dias e de 2,1% em relação à última semana. Quanto ao registro de óbitos de Covid-19, totalizavam, naquele momento, 222, sendo 129 entre peçoas presas e 93 entre servidores. Em termos percentuais, houve um aumento de 4,2% em relação aos últimos trinta dias e de 1,8% em relação à última semana.

Diante de variadas medidas de isolamento social no âmbito penitenciário, o artigo busca estudar o impacto da pandemia nos familiares das peçoas privadas de liberdade. A pesquisa está delimitada na abordagem em torno do direito de visita nas unidades penais, e utiliza método dedutivo, revisão bibliográfica e consulta a fontes relativas a dados e informações do sistema penitenciário brasileiro. O desenvolvimento está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta o panorama de pandemia e as violações ao direito de visita de familiares das peçoas privadas de liberdade. O segundo capítulo expõe experiências de luta dos familiares diante do isolamento social e penitenciário. Já o último capítulo indica a importância de um caminho aproximado à resistência e alternativas à privação de liberdade.

1. PANDEMIA E DIREITO DE VISITA NAS PRISÕES

O contexto de Covid-19 se apresenta como um padrão de mortalidade e exposição ao risco de morte em ambientes prisionais. O panorama contemporâneo de crise epidemiológica reflete a desumanidade nas prisões do país (ALMEIDA; CACICEDO, 2020, p. 8). As constantes violações identificadas no sistema penitenciário brasileiro ofendem a dignidade humana e toda a distribuição de políticas de acesso aos direitos sociais. Tais vulnerações expõem as condições estruturais e operacionais do sistema punitivo brasileiro e são importantes elementos para compreender a desumanidade e as mortes nas unidades penais.

Diante do contexto de letalidade, em março de 2020, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotaram medidas administrativas voltadas ao enfrentamento da pandemia da Covid-19 no ambiente carcerário. A Recomendação 62, do CNJ, publicada em 17 de março de 2020, indica aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo (CNJ, 2020).

Para além das medidas administrativas, o CNJ recomendou a reavaliação das prisões provisórias e a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva. Aos magistrados com competência sobre a execução penal, recomendou a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, além da concessão

de prisão domiciliar em determinados casos. Aos magistrados com competência cível, recomendou que considerassem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia (CNJ, 2020).

No entanto, como o documento do CNJ tem natureza de recomendação, sem força para vincular decisões judiciais, a cultura punitivista que marca o Poder Judiciário brasileiro prevaleceu sobre o esforço em apresentar medidas que poderiam reduzir a propagação da Covid-19 no sistema carcerário. Apesar de algumas decisões isoladas se alinharem às recomendações do CNJ, por todo o Brasil houve imensa resistência em adotar o desencarceramento como medida preventiva à pandemia (PIMENTEL, 2020, p. 6).

Diversos *habeas corpus* foram impetrados com fundamento na suscetibilidade de pessoas integrantes de grupos de risco à infecção pelo novo coronavírus, conforme a Recomendação 62/2020 do CNJ. Entretanto, as decisões denegatórias demonstram que, entre o exercício do poder punitivo do Estado e o direito fundamental à saúde de pessoas privadas de liberdade, tende a prevalecer a força das práticas punitivas no Brasil (PIMENTEL, 2020, p. 6). Além disso, o Brasil configura uma questão penitenciária contraditória, pois permite ambientes prisionais que potencializam a morte e o risco de morte das pessoas presas ao mesmo tempo em que prescreve leis e discursos normativos ditos civilizados (CHIES; ALMEIDA, 2019).

A Recomendação 62/2020 do CNJ, no art. 11, dispõe quanto às regras de visitação em estabelecimentos prisionais e unidades socioeducativas (CNJ, 2020). Nota-se que as práticas tomadas visando a proteção das pessoas presas — medidas de isolamento, traduzidas no cárcere pela proibição de visitas familiares e de advogados — acabam por mitigar os direitos dos presos, como o direito de visita, previsto no art. 41, X, da Lei de Execuções Penais (BRASIL/LEP, 1984).

Segundo o I Relatório Monitoramento da Recomendação CNJ 62/2020, a suspensão das visitas foi uma prática adotada de forma bastante abrangente entre as unidades da federação: em 81% (21 UFs) há informações reportando medidas de suspensão, enquanto em outras duas UFs as visitas foram mantidas com restrições (em uma delas tendo ocorrido redução do número de visitantes e em outra a realização de aferição de sintomas na entrada). Apenas uma UF não havia adotado mudanças relativas às normas de visitação nas unidades prisionais no período (CNJ, 2020a, p. 17).

Considerando que a prisão se constitui como um dos sistemas mais herméticos da sociedade, onde poucos são os que possuem efetivo acesso ao seu interior, os familiares são um dos principais elos entre a população presa e o mundo livre. Portanto, a proibição de visitas significa a incomunicabilidade dos presos, procedimento ilegal que se constitui como prática de tratamento degradante e cruel (ANDRADE BARROS; REIS BARROS, 2020, p. 97).

Importante dizer que, além do apoio emocional e material, os familiares também contribuem para a fiscalização das condições de cumprimento da pena, trazendo informações sobre o que se passa no interior das unidades prisionais (ANDRADE BARROS.; REIS BARROS, 2020, p. 97).

Portanto, o suporte familiar vai muito além da questão afetiva e de apoio emocional. Há um importante auxílio material, com o fornecimento de insumos como medicação, alimentação digna, água, materiais de higiene, entre outros, que chegam às pessoas privadas de liberdade, por meio do comprometimento familiar. Além disso, os familiares desempenham um importante papel de observação e denúncia de abusos, casos de violência e de tortura no ambiente prisional.

A sociedade civil pode exercer papel reivindicador quando os direitos programados não atendem as expectativas na realidade. Ainda mais quando se trata dos objetivos reais do sistema penal, que se mostram completamente inversos em relação aos seus objetivos declarados (ANDRADE, 2003). A persistente violação dos direitos previstos na execução penal acaba por instigar os movimentos sociais a reivindicarem por melhores condições e, até mesmo, mudanças estruturais. Sobretudo quando se trata de grupos compostos por amigos e familiares, que sentem de maneira ainda mais direta o sofrimento no cárcere.

Dessa forma, essas organizações possuem papel transformador ante as ausências e o descaso estatal em administrar as prisões, especialmente durante uma crise humanitária e sanitária. A seguir, será abordada a importância da coletividade para a efetivação de direitos nos presídios, observando pontualmente o direito à visitação durante a pandemia.

2. A LUTA DOS FAMILIARES DIANTE DO ISOLAMENTO SOCIAL/PENITENCIÁRIO

As organizações da sociedade civil podem exercer um papel fundamental no processo de potencialização dos direitos fundamentais das pessoas presas e de luta ao encarceramento em massa. A proteção dos direitos pode ser possível com o desenvolvimento de modelos e mecanismos de luta oriundos do mútuo esforço entre movimentos e setores sociais e profissionais afetados e comprometidos.

Através do empoderamento desses ambientes da sociedade civil, a busca é direcionada à reavaliação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade (RIVERA BEIRAS, 2009), assim como para substanciar um projeto cultural e político de reconstrução da esfera pública no Estado de direito, em que as ações desenvolvidas desde a sociedade civil possam se converter em um instrumento para fortalecer a democracia e o cumprimento dos princípios e direitos fundamentais (SILVEIRA, 2017).

318 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

Os movimentos sociais têm importante protagonismo na denúncia e enfrentamento de desigualdades sociais. Eles realizam diagnósticos sobre a realidade social, constroem propostas e atuam em redes e ações coletivas de resistência à exclusão. Dessa forma, desenvolvem o empoderamento de atores da sociedade civil organizada à medida que florescem sujeitos sociais para essa atuação em rede (GOHN, 2011, p. 336).

Por movimento social pode-se entender a organização estruturada e identificável, cuja finalidade é agrupar pessoas tendo em vista a defesa ou a promoção de determinados objetivos sociais. O movimento social caracteriza-se pelo elemento reivindicativo, já que procura fazer reconhecer e triunfar ideias, interesses e/ou valores (ROCHER, 1989, p. 115).

Trata-se de um conjunto de pessoas as quais possuem realidades em comum, que podem organizar ações a fim de transformar e reivindicar as causas que os uniu. No Brasil, é possível delimitar um percurso do desenvolvimento mais ativo dos movimentos sociais a partir da década de 1970. A partir de 1990, ocorreu o surgimento de outras formas de organização popular, mais institucionalizadas, emergindo as organizações não-governamentais (ONG'S). Inseridas no terceiro setor, voltadas para a execução de políticas de parceria entre o poder público e a sociedade, atuam em áreas onde a prestação de serviços sociais era deficitária (GOHN, 2011, p. 343).

Alguns exemplos de grupos sociais impulsionadores de uma nova cultura política no país podem ser referenciados: os movimentos operários sindicais, os movimentos de mulheres — feministas ou não —, os movimentos agrários, os movimentos negros e os movimentos urbanos (PAOLI, 1991, p. 120-121). Esses coletivos — e outros tantos — formados pela sociedade civil têm a potência de instigar alternativas e mudanças estruturais a partir de suas outras proposições para o *status quo*.

Nesse contexto, a sociedade civil seria um quarto poder, com o papel de regulamentação nos espaços de participação, deliberação e, também, de controle e juízo, articulando-se com as instituições públicas. Trata-se da expressão de uma esfera pública integrada por todos os membros da comunidade e entidades interessados em assuntos de relevância para a comunidade (SILVEIRA, 2017, p. 5). Logo, a sociedade civil pode exercer o papel transformador, nos assuntos de interesse coletivo, junto a instituições, equiparando-se ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Dentre esses movimentos, existem aqueles destinados ao debate sobre a questão prisional e o trabalho nos presídios. Muitas dessas organizações são compostas por amigos e familiares de pessoas presas. As ações desses grupos da sociedade civil voltados ao ambiente prisional, durante a pandemia, visam o cumprimento do zelo pela vida também para quem está encarcerado.

Isso porque as medidas preventivas parecem não chegar nas prisões. Os movimentos vêm denunciando que o ambiente prisional é insalubre, superlotado, sem ventilação, com reduzido ou ineficiente acesso a direitos, como água, materiais de higiene etc. As recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) de praticar o isolamento social e lavar as mãos constantemente são inviáveis no cárcere. Não apenas pelo meio insalubre, como também pelas decisões governamentais e judiciais em torno da crise sanitária.

Não obstante as recomendações do CNJ pelo desencarceramento, houve reiteradas decisões de indeferimento de pedidos de *habeas corpus* coletivos e diligências impedindo a soltura de pessoas presas pertencentes aos grupos de risco — (FREITAS, 2020). Esse descompasso entre o mais indicado para a promoção da saúde e medidas de contenção do contágio pelo vírus, e as decisões políticas e judiciais, instigam a sociedade civil a reivindicar por um tratamento mais humanitário, a começar por terem contato com quem está preso.

Embora exista o princípio da pessoalidade da pena, quando há uma pessoa presa, geralmente isso afeta toda a estrutura familiar. Os efeitos do encarceramento sobre os familiares abarcam muitas esferas, como situação econômica, sofrimento psicológico, medo, ausência. A privação de liberdade vai além das desordens causadas à pessoa presa, e estende-se ao entorno familiar (RIVERA BEIRAS, 2018).

A proibição e limitação à visita periódica da família importa em transcendência dos efeitos da pena aos familiares da pessoa presa (ROIG, 2018). As famílias passam a ser vistas como uma extensão daqueles que estão sob custódia do Estado, passando a depositar esforços para visitação e comunicação, momentos em que conseguem averiguar se houve torturas e maus-tratos e prestar assistência através do fornecimento dos *kits*.

Um exemplo de luta pelo desencarceramento é a Associação de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação de Liberdade, organização do estado de Minas Gerais. Trata-se de um grupo de amigos e familiares de pessoas presas voltado inteiramente para a questão prisional. Esse movimento conta com um amplo recurso humano, esforçado em promover ações que visam a efetivação do acesso a direitos, denúncia de violações e cumprimento das normas na execução penal.

Antes mesmo da pandemia, o coletivo já reivindicava a falta d'água, o fornecimento de alimentos estragados ou em más condições para consumo, assim como, promovia campanhas de arrecadação de materiais de higiene para as pessoas presas. Durante a crise da COVID-19, essas questões ganharam ainda mais força, isso porque água, materiais de higiene, produtos de limpeza, alimentos dignos e o contato com os familiares são questões que dizem respeito à sobrevivência.

O grupo mineiro, durante a pandemia, vem pedindo o fim das transferências, para que os presos tenham o direito de cumprir a sua pena perto dos familiares - alertam para a necessidade de não fazer o vírus “viajar” -. Além de denunciar o tratamento desumano conferido às pessoas presas contaminadas pelo Coronavírus, posicionando-se contra depositar as pessoas presas com COVID-19 em contêineres, por exemplo. Ademais, manifestaram-se contra as audiências de custódia por videoconferência, uma vez que maus tratos não são aferíveis por vídeo.

Uma das principais pautas de luta é o direito à visitação. A Associação assevera que ser familiar de pessoa presa não é crime. Observam que a incomunicabilidade com seus entes que estão sob custódia configura tortura, e cobram por transparência nos presídios. Há uma subnotificação dos casos de COVID-19 nas prisões. As famílias não sabem qual a situação de saúde de quem está preso e as condições pelas quais estão sendo submetidos, já que não há uma comunicação efetiva. A suspensão da visitação prejudica o envio do “jumbo”, como é chamado o *kit* com insumos, como também inviabiliza a fiscalização de casos de tortura, o acompanhamento processual e o fornecimento de ajuda emocional.

O enfrentamento dos movimentos denota a força da sociedade civil em alertar o Estado para as suas falhas e promover mudanças radicais. Os direitos são parte da luta de grupos sociais empenhados em promover a emancipação humana, a partir de seu reconhecimento e práticas sociais (HERRERA FLORES, 2009, p. 71). Não bastam as normas de execução penal e recomendações apontarem para um tratamento humanitário se a realidade fática não acompanha o programado. Dessa forma, é possível afirmar que os movimentos sociais denunciam esse abismo entre a norma e a realidade dos presídios, através de sua atuação de resistência, pela liberdade.

3. RESISTÊNCIA E ALTERNATIVAS ATRAVÉS DO DESENCARCERAMENTO

Os movimentos de familiares de vítimas tendem a pressionar o sistema de justiça para que seja realizada a devida apuração dos fatos, acionando redes de profissionais comprometidos com os direitos humanos, para fornecer assessoria jurídica, de comunicação e psicológica aos movimentos (SILVA; SANTOS; RAMOS, 2019, p. 15-16). Há, portanto, uma mobilização desses grupos pelo desencarceramento.

No Brasil, a Agenda Nacional pelo Desencarceramento possui protagonismo primordial para a luta antiprisional por meio da sociedade civil. Desde 2013, com relançamento em 2017, a iniciativa de uma agenda nacional com princípios e propostas desencarceradoras conta com múltiplas adesões. Dessa mobilização, ocorreram Encontros Nacionais pelo Desencarceramento, e foram criadas Frentes Estaduais pelo Desencarceramento, com um protagonismo notável de familiares e

amigos de pessoas presas. Esses encontros se constituíram em momentos importantes para a troca de experiências, a formulação de propostas e novas articulações (TELLES et al., 2020, p. 11-13).

A aliança entre coletivos resultou em uma série de prestações às pessoas presas, egressas e familiares, além de mobilizações pela causa prisional. Com o objetivo de promover ações pelo desencarceramento, houve o diálogo entre diferentes estados da Federação. A troca de experiências e relatos comuns de violações no cárcere uniu o interesse convergente em modificar as estruturas de execução penal e do aprisionamento em massa.

Embora as prisões possam ser vistas como algo incontestável ou natural, sem a qual a sociedade não consegue se imaginar, elas são uma construção social. Funcionam ideologicamente como um local em que os sujeitos considerados indesejáveis são depositados. Nesse sentido, a sociedade sente-se livre da responsabilidade de pensar sobre as questões prisionais. Esse é o trabalho ideológico que as prisões realizam: livram a sociedade da responsabilidade de se envolver com os problemas produzidos, principalmente pelo racismo (DAVIS, 2018, p. 12-13).

A segregação de pessoas marginalizadas socialmente deve ser combatida de maneira crítica. Nessa perspectiva, cabe ao direito ouvir o papel pedagógico dos movimentos. É possível mirar para caminhos decoloniais, de resiliência e transgressão, em que predomina a capacidade de invenção no confronto com a dominação do ser, saber e poder. Trata-se de uma Pedagogia das Encruzilhadas. Um projeto poético, político e ético. Uma epistemologia antirracista e decolonial. Assenta-se nas ações de fronteira, resiliência e transgressão, codificadas em forma pedagógica (RODRIGUES JUNIOR, 2018, p. 73).

Dessa forma, o direito pode fomentar inúmeras estratégias para alterar o *status quo*, assim como, ser utilizado de maneiras interpretativas plurais. Os ensinamentos e as denúncias dos movimentos sociais, em especial de grupos de familiares, podem fornecer ferramentas para que o direito passe a lidar de maneira mais humanitária na execução penal, sendo mais condizente com as normas que propõe no plano formal.

Dessa maneira, diferente do que se pratica sob a ótica ocidental, um caminho não se torna credível em detrimento dos outros. Não há a ideia de legitimar apenas um modo de experimentar o Direito, mas uma riqueza de trajetos plurais. Os ultrapassados binarismos de universal/pessoal, científico/coloquial, desenvolvido/subdesenvolvido, entre outros, não têm vez nessa(s) forma(s) de ver o mundo.

Logo, “suas esquinas e entroncamentos ressaltam as fronteiras como zonas pluriversais, onde múltiplos saberes se atravessam, coexistem e pluralizam as

experiências e suas respectivas práticas de saber” (RODRIGUES JUNIOR, 2018, p. 78). Essa é a provocação por um posicionamento oposto à concepção de ciência e linearidade jurídica. A decolonidade fornece ferramentas de empoderamento coletivo e de resgate ancestral.

No contexto de pandemia da COVID-19, novos contornos sociais e uma virada epistemológica, cultural e ideológica são essenciais para que se busquem meios políticos, econômicos e sociais que garantam uma vida humana digna (SANTOS, 2020, p. 31-32). Uma mudança radical se faz necessária, não para voltar ao “normal”, mas para que haja uma realidade outra, que enxergue todos os humanos como pessoas de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas de isolamento social no âmbito penitenciário praticadas em contexto de pandemia acabaram por atingir não só as pessoas privadas de liberdade, mas também os seus familiares. As violações ao direito de visita não caracterizam algo novo, pois correspondem a uma reprodução de persistentes vulnerações de diversos direitos das pessoas privadas de liberdade, e, neste caso, também dos familiares.

As recomendações do CNJ pelo desencarceramento vêm recebendo reduzida adesão dos tribunais e dos juízos no país, amplificando o problema da superlotação e também as consequências sociais do encarceramento massivo. Os princípios da pessoalidade da pena, e, até mesmo, o da transcendência mínima do castigo, são violados ante os notórios efeitos do aprisionamento aos familiares. A proibição e limitação ao direito de visita assinala uma incomunicabilidade da pessoa presa e uma transcendência do sofrimento da pena para o entorno familiar.

Diante disso, as organizações da sociedade civil e os coletivos familiares possuem um potente papel de transformação e proteção dos direitos, especialmente em contexto de crise humanitária e sanitária. Neste momento, percebe-se a necessidade de novos contornos sociais e uma verdadeira virada epistemológica, cultural e ideológica. Tais lutas devem buscar meios políticos, econômicos e sociais a fim de garantir a dignidade humana.

A crise humanitária agravou esses problemas pré-existentes e potencializou as reivindicações que há muito vêm sendo feitas. Os caminhos de enfrentamento e superação das violações do cárcere devem indicar novas formas de enxergar a execução da pena. As pessoas privadas de liberdade são sujeitos de direitos. Os movimentos sociais, em especial as associações de amigos e familiares, vêm desempenhando importante papel de esclarecimento da realidade a qual as pessoas

presas são submetidas. É preciso dar ouvidos e protagonismo a esses agentes transformadores, para enfrentar e combater o tratamento desumano e degradante às pessoas presas.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Renata. **Sem oxigênio, Amazonas pede para transferir 60 bebês prematuros a outros estados**. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/01/15/amazonas-pede-para-transferir-60-bebes-prematuros>>. Acesso em: 16 jan 2020.

ALMEIDA, Bruno Rotta; CACICEDO, Patrick. Emergências, Direito Penal e covid-19: por um Direito Penal de emergência humanitário. **Boletim IBCCrím**. São Paulo, n. 28, 2020.

ANDRADE BARROS, V.; REIS BARROS, C. Reflexões sobre a casa dos mortos em tempos de pandemia: As prisões brasileiras. **Caderno de Administração**, v. 28, p. 95-99, 5 jun. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

BRASIL Ministério da Saúde. **Painel coronavírus**: Covid-19. 16 jan. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/> Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal (LEP)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 16 jan 2020.

CHIES, Luiz Antonio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil. Prisões que matam; mortes que pouco importam. **Revista de Ciências Sociais**, DS-FCS, vol. 32, n.º 45, jul.-dez., 2019

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça Formulário para Monitoramento da Recomendação 62/CNJ Relatório. 2020**ª. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Relat_Form_Monitoramento_Rec62_1307.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça. Portal do Banco de Monitoramento de Prisões**. 16 jan. 2021. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 62**, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FREITAS, Felipe da Silva. A pandemia e a pena de morte nas prisões brasileiras. **Le Monde Diplomatique Brasil**, Edição 156, Julho/2020.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos e lutas sociais na história do Brasil. **Rev. Bras. Educ.**, v. 16, n. 47, p. 332-362, 2011.

GRUPO DE AMIGOS E FAMILIARES DE PESSOAS EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. Página no Facebook. Disponível em: Grupo de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação de Liberdade (facebook.com). Acesso em: dez. 2020.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

PAOLI, Maria Célia. Movimentos Sociais, Cidadania, Espaço Público: Perspectiva brasileiras para os Anos 90. **Revista Ciência de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 33, p. 115-162, out. 1991.

324 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

PIMENTEL, Elaine. A pandemia da covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros: entre narrativas, recomendações e realidades. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 28, 2020.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 461.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Derecho a estar en una prisión cercana al lugar de residencia familiar. In: CASANOVA, Albert Parés et al. (Org.). **Personas privadas de libertad y familiares. Consecuencias del alejamiento penitenciario**. Barcelona: OSPDH, SIRECOVI, 2018.

ROCHER, Guy. **Sociologia geral**. Mudança social e ação histórica. 4ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

RODRIGUES JUNIOR, Luis Rufino. Pedagogias das encruzilhadas. **Revista Periferia**, v.10, n.1, p. 71 - 88, Jan./Jun. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**. Teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SILVA, Uvanderson Vitor da; SANTOS, Jaqueline Lima; RAMOS, Paulo César. **Chacinas e a politização das mortes no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2019.

SILVEIRA, Héctor. El cuarto poder y la protección de lo común. **Revista Crítica Penal y Poder**, Universidad de Barcelona. Barcelona, n. 12, p.1-33, mar. 2017.

SILVEIRA, Hector. El cuarto poder y la protección de lo común (i). **Revista Crítica Penal y Poder**, nº 12, mar. 2017. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, p. 5 ss.

TELLES, Vera da Silva et al. . Combatendo o encarceramento em massa, lutando pela vida. **Caderno CRH**, Salvador, v. 33, 2020.

O ENCARCERAMENTO JUVENIL NA ERA DA PANDEMIA:

um olhar a partir do sistema
socioeducativo pernambucano

Érica Babini Lapa do Amaral Machado
Hugo Leonardo Rodrigues Santos
Marco Alexandre de Souza Serra

O ENCARCERAMENTO JUVENIL NA ERA DA PANDEMIA: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano

Érica Babini Lapa do Amaral Machado¹

Hugo Leonardo Rodrigues Santos²

Marco Alexandre de Souza Serra³

1. COVID-19 E O RISCO À VIDA E SAÚDE DE INTERNADOS NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO

Os primeiros casos noticiados de contaminação pelo novo coronavírus vieram de Wuhan, na província de Hubei, na China, entre dezembro de 2019 e janeiro de 2020; e de imediato, pesquisas científicas passaram a anunciar protocolos e características epidemiológicas da doença. Em 30 de janeiro, a Organização Mundial de Saúde, ante 700.000 (setecentos mil) casos confirmados, em mais de 100 países e regiões, declarava existir um surto da doença causada pelo novo coronavírus – COVID-19, alertando que vários países estariam em risco. Já em março de 2020, a OMS declarou que o surto possuía a magnitude de uma pandemia. Modelos matemáticos foram criados para a identificação de padrões da doença e de seu desenvolvimento, com o intuito de garantir a preservação da vida humana; assim: “a pesquisa nunca foi tão importante!” (AL-DADAH; CAROLINE, 2020).

No dia 6 de junho de 2020, reportava-se a contaminação de cerca 6.855.858 (seis milhões oitocentos e cinquenta e cinco mil oitocentos e cinquenta e oito) pessoas em todo o mundo, com óbitos de mais de 398.321 (trezentos e noventa e oito mil trezentos e vinte e uma) pessoas, tendo a pandemia se alastrado por centenas de países. Em janeiro de 2021, já havia o registro de 101.053.721 (cento e um milhões cinquenta e três mil setecentos e vinte e um) casos confirmados e 2.182.867 (dois milhões cento e oitenta e dois mil oitocentos e sessenta e sete) mortes (OPAS, 2021).

¹ Doutora e mestra pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

² Doutor e mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário Tiradentes (AL).

³ Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

No Brasil, no início de junho de 2020, os casos registrados passavam de 645.711 (seiscentos e quarenta e cinco mil setecentos e onze), com mais de 35.000 (trinta e cinco mil) óbitos. Em janeiro de 2021, tinha-se o número de 9.229.322 (nove milhões duzentos e vinte e nove mil trezentos e vinte e dois) casos e 225.099 (duzentos e vinte e cinco mil e noventa e nove) mortes. Durante todos esses meses, em meio à pandemia, o Brasil presenciou a substituição de Ministros da Saúde, tendo o governo federal brasileiro deixado de realizar testagens em massa na população e apostado em medicações e protocolos sem comprovação científica, além de ter desacreditado medidas de prevenção e mesmo a eficácia das vacinas que vinham sendo desenvolvidas ao redor do mundo. Mergulhado em uma grave crise política, o presidente da República, em mais um ato autoritário típico de sua gestão, optou por não apresentar os dados oficiais da doença, retirando o país da plataforma global de acompanhamento da Covid-19. As inúmeras ações desastrosas do governo federal foram denunciadas por Pedro Hallal (2021).

A pandemia impactou profundamente o cotidiano da população mundial. A tendência, já existente anteriormente, de cooperação entre os países para o desenvolvimento de pesquisas de saúde pública, em uma perspectiva globalizada de produção científica, rapidamente tornou-se uma realidade. Assim, respaldados nessas investigações acadêmicas, os protocolos de afastamento ou isolamento sociais e de testagem massificada para identificação, demarcação e tratamento de contaminados, além do uso de máscaras faciais, corresponderam às medidas preventivas recomendadas e adotadas na maioria dos países do mundo. Ante a inexistência de medicamentos com eficácia assegurada contra o coronavírus e considerando que as vacinas ainda estão sendo aplicadas na população sem a velocidade necessária - com estimativas de que, na melhor das hipóteses, ainda demorarão alguns meses até que a maioria das pessoas esteja vacinada - as medidas de isolamento restam como a única solução possível de contenção da doença, evitando dessa maneira colapsar os sistemas de saúde. Como prova disso, o clamor para “achatar a curva” se difundiu rapidamente, correspondendo à tentativa de minimizar o número de internações hospitalares decorrentes da contaminação de coronavírus, por meio do afastamento social. A preocupação aumenta diante da informação de que é possível o contágio durante o período de incubação do vírus em pacientes infectados, antes mesmo de visíveis os sintomas, não sendo bem conhecida a duração da contaminação. Trabalhos na área sugerem que não se pode precisar em que momento seria possível retirar do isolamento pacientes que foram acometidos da doença (LIAO et al, 2020). Por fim, é sabido que a contaminação se dá pela transmissão de micro partículas que permanecem suspensas no ar, o que torna a sua prevenção ainda mais difícil. Ante os dados alarmantes, o mundo passou a lutar pela vida!

Porém, o direito de viver nunca foi igual para todos. Na América Latina, em que há escassez de água, sistema sanitário deficiente e grave desigualdade social, a partir da experiência com o surto da cólera, estimou-se que, além dos elevados números de óbitos, a pandemia da Covid-19 poderia assumir características epidemiológicas com variações regionais. O que se agrava ainda mais devido à frágil e instável capacidade de atendimento dos sistemas públicos de saúde. Assim, o imperativo de “achatar a curva” é ainda mais premente nos países do Sul Global.

Nesse sentido, se já se tem conhecimento de que as desigualdades sociais e carências de serviços sanitários tem o condão de potencializar os desdobramentos trágicos decorrentes de um evento dessa magnitude, o que se pode esperar do impacto da pandemia de coronavírus no sistema penitenciário e socioeducativo brasileiros? Assim, se o Brasil, em janeiro de 2021, ocupava a terceira posição no ranking mundial de países que contabilizaram mais casos de contaminação pela COVID-19 e a segunda posição em número de óbitos; de outro lado, este país vivencia há algum tempo uma situação preocupante de hiperencarceramento, possuindo a terceira maior população carcerária mundial, com cerca de 800.000 (oitocentas mil) pessoas presas em um sistema prisional que apresenta condições desumanas. O sistema socioeducativo não se diferencia do prisional, nesse aspecto. Tanto, que judicialmente se reconheceu que no regime fechado a violência estrutural seria “inerente à superlotação crônica, à falta de pessoal e à manutenção negligente da maioria das unidades de execução da medida socioeducativa de internação” (BRASIL, 2020).

No sistema prisional, foram registrados 57.454 (cinquenta e sete mil quatrocentos e cinquenta e quatro) casos confirmados de contaminação por coronavírus, em janeiro de 2021, com a ocorrência de 229 (duzentos e vinte e nove) óbitos. No sistema socioeducativo, foram 5.988 (cinco mil novecentos e oitenta e oito) casos, com 27 (vinte e sete) óbitos registrados (BRASIL, 2021). Entretanto, deve-se levar em consideração os muitos casos de contaminação que possivelmente não foram reportados, em razão da alta taxa de subnotificação que termina por ofuscar os números reais de infecção e morte por Covid-19 em todo o país - sendo que essas cifras ocultas, por certo, afetam de modo significativo a coleta de informações atinentes às pessoas privadas de liberdade, tal como vem relatando a plataforma Infovírus (2021), desenvolvida pela sociedade civil.

Ante esse cenário e delimitando mais a problemática desta investigação, serão debatidas as medidas tomadas pelo poder judiciário para lidar com a situação de adolescentes privados de liberdade em meio fechado no sistema socioeducativo do estado de Pernambuco - situado no nordeste do Brasil - em meio à pandemia de Covid-19. Com esse objetivo, o trabalho foi dividido em duas seções, em que se discutem 1) elementos teóricos da justiça juvenil e ações do poder judiciário ante a

pandemia no cenário socioeducativo; 2) a movimentação de adolescentes realizada no sistema de justiça juvenil e a análise em torno dos dados quantitativos levantados, enfocando-se o questionamento a respeito de ter havido ou não impacto significativo no desencarceramento.

Para cumprir com essa proposta, adotou-se como metodologia a análise de dados quantitativos de movimentação de entrada e saída de adolescentes no sistema socioeducativo em meio fechado, em todos os meses de 2019 e de janeiro a julho de 2020, disponibilizados pela Fundação de Atendimento Socioeducativo - FUNASE - de Pernambuco, no seu sítio oficial da internet. A pesquisa tem, portanto, um cunho exploratório, objetivando investigar se o poder judiciário vem assumindo, durante a pandemia de Covid-19, uma postura ativa de enfrentamento do encarceramento massivo juvenil que ultrapasse soluções contingenciais de prevenção de saúde pública. Cumpre registrar que, não obstante a existência de certas limitações para o estudo do tema sob uma abordagem quantitativa, como o objetivo dos autores era oferecer reflexões sobre possíveis inferências causais de medidas judiciais em face da prevenção ao contágio do coronavírus, entendeu-se que o banco de dados estruturado da FUNASE seria apto a avaliar o resultado das políticas implementadas pelo poder judiciário no trato do sistema socioeducativo, neste período pandêmico.

2. NEOMENORISMO E MOVIMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO: ENTRE CONTENÇÃO E PULSÃO PUNITIVA

Neomenorismo é uma expressão que indica um retorno aos preceitos da cultura menorista vigente no final do século XIX e início do século XX, com a retomada das raízes da "compaixão-repressão", própria da doutrina da situação irregular (GARCÍA MÉNDEZ, 2011). Essa, por sua vez, foi uma tendência nascida da corrente filosófica do positivismo que preconizava que a situação de abandono, a não efetivação dos direitos fundamentais de menores e a transgressão de normas penais faziam surgir uma demanda legítima por proteção-punição (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996).

A teoria era orientada pela defesa social. Logo, baseava-se na ideia reitora de prevenção especial da pena, a qual justificava o sequestro e isolamento do indivíduo para que fossem atingidas duas finalidades concomitantes: proteger a sociedade e oferecer tratamento ao infrator. Com efeito, segundo essa concepção o delinquente apresentaria desvios físicos e psíquicos (ALVAREZ, 1989) - devendo, por isso mesmo, ser colocado em instituições disciplinadoras (MACHADO; SANTOS; SERRA, 2019). Nesse sentido, "capitular o delicto e aplicar a respectiva pena" seria algo ineficiente, "Nada mais improprio nem menos apto para o exercício do moderno papel da Justiça", dizia Paiva, juiz criminal, em 1916 (*Apud* RIZZINI, 2011, p. 126).

330 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

O neomenorismo corresponde a um retrocesso, portanto. Desde o estabelecimento da doutrina da proteção integral, instituída em 1989 pela Convenção da Criança e do Adolescente, quando crianças e adolescentes foram alçados a sujeitos de direito, aquela postura paternalista e autoritária deveria ter sido extinta. Entretanto, a tensão ainda existente entre tutelarismo e garantias, materializada pelo

[...] alcance da discricionariedade judicial e administrativa no tratamento das questões que afetam a infância, e um confuso debate sobre a natureza da responsabilidade penal dos adolescentes (na verdade duas faces da mesma moeda), constituíram o ponto de partida da crescente fratura no campo dos movimentos sociais pelos direitos da infância e da juventude (GARCÍA MENDEZ, 2011).

Na verdade, não houve ruptura entre as perspectivas políticas e teóricas descritas (CIFALI, 2019), de modo que é possível se falar em uma continuidade da doutrina da situação irregular, ao arrepio do Estatuto da Criança e do Adolescente. Muncie (2008) esquematiza essas concepções antípodas a partir da realidade britânica, apontando-as como coexistentes. De um lado, ter-se-ia o modelo de Estado de bem-estar, enquanto de outro, defende-se que essa perspectiva garantista equivaleria apenas a uma benevolência retórica - que possibilita a discricionariedade e blinda direitos, devendo optar o Estado por um padrão de proporcionalidade entre crime e castigo. Essa celeuma, no Brasil, pode ser percebida facilmente pela correspondência com o tenso diálogo entre menoristas e garantistas.

Entretanto, o sistema socioeducativo é constitucionalmente assentado na proteção integral (art. 227, da Constituição Federal), cujos pressupostos são o princípio do interesse superior da criança e o reconhecimento de sua condição peculiar de desenvolvimento. Daí a exigência de que se estruture uma justiça especializada, que possa garantir direitos especializados e mediar a formulação de políticas que se coadunem com as idiossincrasias desse público. Nesse sentido, o Estatuto, em todas as suas diretrizes de atendimento, opõe-se ao modelo de encarceramento em massa, comum nas outras legislações menoristas. Desde a individualização à desinstitucionalização, passando pela descentralização, os objetivos da legislação especial vinculam-se às necessidades das crianças e adolescentes, como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e detentores de absoluta precedência por parte da família (PAULA, 2006).

Assim, o Estatuto prevê um rito específico de apuração dos atos infracionais - conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) praticada por adolescentes entre 12 anos completos e 18 anos

incompletos -, não obstante ele se assemelhar ao procedimento utilizado para a apuração de delitos praticados por adultos. Inclusive, o próprio Estatuto determina que as normas gerais processuais podem ser aplicadas subsidiariamente ao processamento dos atos infracionais (art. 152, ECA). É verdade que a legislação especial possui ambiguidades, no que diz respeito à identidade de suas normas, pois, embora a maioria dos dispositivos reproduzam princípios processuais penais, em outros há características mais próximas do processo civil - como se verifica na regulamentação do sistema recursal (art. 21, ECA), por exemplo.

Após o flagrante de ato infracional, se for o caso do Ministério Público (art. 180, ECA) representar à autoridade judiciária, não tendo promovido o arquivamento ou aplicado a remissão em qualquer uma de suas modalidades, ter-se-á a audiência de apresentação. Nesta ocasião, o juiz analisará a possibilidade de liberação ou manutenção do adolescente em internação provisória (art. 184, ECA). Esta, por sua vez, poderá durar até 45 dias, durante os quais deve ser realizada a audiência de continuação, para instrução processual (art. 186, ECA), cuja sentença poderá determinar a procedência do pedido ministerial de aplicação da medida socioeducativa, em meio fechado ou aberto, a improcedência do pedido ou a remissão com ou sem condicionamentos no meio fechado ou aberto. Após a entrada no sistema socioeducativo, a execução da medida é regida pela Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE (Lei 12.594/2012), que determina a reavaliação semestral (no máximo) da medida, podendo resultar em manutenção; suspensão ou substituição por outra medida menos grave (em meio aberto); ou a sua extinção (art.43, ECA).

Apesar dessa estrutura normativa protetiva - que deveria impedir a presença da lógica de encarceramento sistematizado, tão característica do sistema criminal - no julgamento dos atos infracionais o que se verifica, de fato, no decorrer dos últimos anos, é um aumento acentuado da população de adolescentes privados de liberdade em decorrência do cumprimento de medidas socioeducativas de internação, a ponto de o Comitê sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas apontar que “medidas alternativas à detenção não estão sendo aplicadas efetivamente” no Brasil (2015, em tradução livre).

Em setembro de 2019, o Levantamento do Conselho Nacional do Ministério Público apontava 18.086 (dezoito mil e oitenta e seis) adolescentes em privação de liberdade por tempo indeterminado, em 330 (trezentas e trinta) unidades socioeducativas (BRASIL, 2019). Ao longo dos anos, os percentuais de encarceramento variaram para cima “De 2014 para 2015, nota-se uma variação quanto ao tipo de atendimento, pois houve aumento no número de adolescentes em internação, de 16.902 para 18.381 e também no número de adolescentes em semiliberdade, de 2.173 para 2.348” (BRASIL, 2018).

Essa política de encarceramento é, por si só, um indicativo claro da prevalência da lógica de institucionalização no sistema socioeducativo, sendo cabível refletir sobre a responsabilidade do poder judiciário face este fenômeno, sobretudo nestes tempos de pandemia. À primeira vista, poderia soar aos mais incrédulos um pouco exagerado enfatizar esse papel dos magistrados para a manutenção do encarceramento massivo. Contudo, quando se verifica que existem espaços de discricionariedade nas decisões, nas quais deveria prevalecer a aplicação de medidas alternativas à prisão sempre que possível⁴; e que, muitas vezes, a opção pela privação da liberdade dos adolescentes se dá como resposta a uma arraigada cultura forense de aprisionamento, chega-se à conclusão de que, para a minimização da grave situação de superlotação prisional, é necessário que os magistrados assumam um compromisso político com a diminuição dos cárceres adultos e juvenis.

Por outro lado, é interessante constar que, se a justiça penal pode realmente influenciar de modo direto e impactante nas dinâmicas de encarceramento, então, chega-se ao entendimento de que seria possível elaborar estratégias eficientes de desencarceramento pela via judicial. Nesse sentido, é possível citar exemplos em que o poder judiciário promoveu intervenções bastante positivas na questão, possibilitando a minimização ou atenuação do hiperencarceramento.

Nos Estados Unidos - país que detém a maior taxa de prisionização do mundo e que definiu o conceito de encarceramento massivo - é possível verificar um conjunto de decisões judiciais - as quais culminaram no julgamento do caso *Brown v. Plata*, pela Suprema Corte daquele país no ano de 2011 - que ocasionaram a redução da população prisional do Estado da Califórnia, além de terem modificado o modelo encarcerador que vinha sendo praticado e promovido a reafirmação da dignidade dos detentos, que deve ser assegurada pelas instituições de reclusão. Segundo Jonathan Simon, teria se constituído um novo paradigma, resultante dessa atuação do judiciário, no qual “o impulso de encarcerar é contrabalanceado por uma consciência aguda dos extremamente altos custos do encarceramento, com consequências de longo prazo para a saúde dos detentos e a situação fiscal de nosso sistema de cuidados de saúde. Esse novo senso comum adota um princípio de parcimônia na utilização da prisão, que já vinha sendo assumido por vários países após a Segunda Guerra Mundial, antes que a onda de medo da criminalidade crescente nos anos 1960 tivesse varrido décadas de conhecimento criminológico e penal” (SIMON, 2014, p. 158, em tradução livre).

⁴ A grande margem de discricionariedade para a interpretação das normas é um problema à parte na legislação estatutária (MACHADO; SANTOS; SERRA, 2019), apesar de haver alguma justificativa para isso, em decorrência do escopo de atendimento das múltiplas necessidades relacionadas à aplicação de privação de liberdade para esse público específico. Nesse sentido, as Regras de Beijing estatuem que “6.1 Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões” (ONU, 1985)

Também é possível mencionar o instituto do estado de coisas inconstitucional, criado pela jurisdição constitucional colombiana em 1997 para os casos de violações de direitos fundamentais que possuem três características: i) serem resultantes de um processo estrutural ou histórico; ii) não ser possível atribuir a responsabilidade a apenas um ente ou instituição, mas sim ao próprio Estado; e iii) a necessidade de adoção de medidas de longo prazo para a resolução do problema (MACHADO, 2020). Com esses parâmetros, a Corte Constitucional colombiana entendeu, em decisão paradigmática (COLOMBIA, 1998) e apoiando-se em documentos e relatórios que retratavam em detalhes a situação precária do sistema penitenciário daquele país, que havia um verdadeiro estado de coisas inconstitucional. Toda a fundamentação da decisão se voltou para o problema da superlotação carcerária, sendo que a partir desse problema a Corte “faz derivar a violação de todos direitos dos presos: direito à dignidade, a não receber tratamento ou penas cruéis, inumanas ou degradantes, direito à vida e à integridade física, direito à família (diante dos obstáculos às visitas), direito à saúde, ao trabalho, à educação e o direito à presunção de inocência, violado pela ausência de separação entre condenados e provisórios (MACHADO, 2020). Uma das limitações da decisão foi o fato de que, para a resolução desse problema, determinou-se fundamentalmente a construção de novas unidades prisionais e a reforma das já existentes, sem uma maior preocupação com a situação dos reclusos que estavam no sistema até que as melhorias fossem concretizadas (MACHADO, 2020).

O instituto do estado de coisas inconstitucional foi utilizado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pela Corte constitucional brasileira (BRASIL, 2016). O poder judiciário foi instado, pelos autores da ação, a assumir a sua responsabilidade pela situação caótica do sistema penitenciário brasileiro. Segundo Máira Machado, este precedente, juntamente com o Habeas Corpus nº 118.533/MS e o Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP “de diferentes maneiras, rompem com a lógica de atribuição de responsabilidade externa e, ademais, convocam o poder judiciário a incorporar aos seus processos decisórios as peculiaridades e características das pessoas e das circunstâncias concretas de cumprimento de pena em nosso país” (2020). Certamente uma das consequências mais importantes da decisão referida para a implementação de uma estratégia de desencarceramento, de parte da justiça penal, foi a instituição das audiências de custódia. Não obstante, é sabido que a realização dessas audiências não tem obtido o sucesso almejado na consecução desse objetivo desencarcerador - o que se pode afirmar, inclusive, com relação à realidade específica da justiça pernambucana (VALENÇA; BORBA; CASTRO, 2017).

Como já se registrou acima, não se pode ser otimista a ponto de acreditar que apenas essas iniciativas do poder judiciário seriam suficientes para resolver o grave

problema carcerário brasileiro. Ainda mais, considerando-se a existência de uma cultura jurídica de autoritarismo e encarceramento, que afeta diretamente o comportamento dos atores jurídicos envolvidos no sistema punitivo. Entretanto, não deixa de ser importante a percepção de que a justiça criminal começa a ser pressionada para que se manifeste sobre sua responsabilidade com relação ao encarceramento massivo - e, conseqüentemente, a rever sua postura diante da sistemática e banalizada imposição de medidas privativas de liberdade. Esse raciocínio também é válido para o sistema socioeducativo, sobretudo, diante do fato de que “o encarceramento de jovens autores de atos infracionais tem superado significativamente as taxas de prisionalização de adultos, situação que demonstra e projeta a tendência nacional de aumento do punitivismo em todos os níveis do controle formal” (CARVALHO, 2015).

Nessa linha de raciocínio, no auge da pandemia de Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 62, em 17 de março de 2020 (BRASIL, 2020), com o objetivo de promover o desencarceramento, a fim de evitar mortes de pessoas privadas de liberdade e de impedir o alastramento do vírus nos sistemas penitenciário e socioeducativo. Posteriormente, o prazo concedido para o cumprimento das normas ali contidas foi renovado pela Recomendação nº 68. O primeiro ato normativo referido é enfático ao estatuir:

Art. 2º Recomendar aos magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, **a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória**, notadamente em relação a adolescentes:

Art. 3º Recomendar aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, especialmente [...]:

I – a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão [...]

II – a reavaliação das decisões que determinaram a aplicação de internação-sanção, prevista no art. 122, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Também em meio à pandemia, o Supremo Tribunal Federal julgou em definitivo o Habeas Corpus coletivo 143.988/ES, no dia 14 de agosto de 2020, em cuja decisão se reconheceu o princípio *numerus clausus* no sistema socioeducativo de internação

"como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso" (BRASIL, 2020). Desse modo, ficou estabelecido o patamar máximo de 100% da capacidade de lotação das unidades socioeducativas. Esse Habeas Corpus foi impetrado no ano de 2018, em função de problemas com as internações de adolescentes do estado do Espírito Santo. Concedeu-se, em um primeiro momento, uma liminar que impedia que o número de internados ultrapassasse o patamar de 119% da capacidade das unidades. Em seguida, em maio de 2019, os efeitos dessa decisão foram ampliados para outros estados, inclusive para Pernambuco, tendo sido fixado o patamar de lotação das unidades em 100% de sua capacidade. Avançou-se assim na possibilidade do cumprimento daquelas medidas que ultrapassavam esse quantitativo nas residências dos adolescentes.

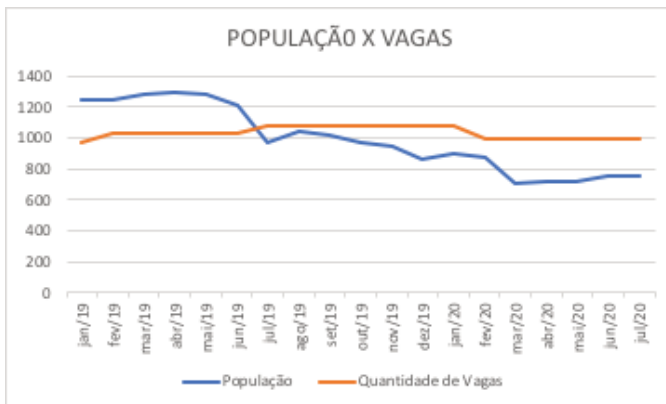
No ano de 2020, as determinações resultantes da decisão definitiva do Habeas Corpus coletivo 143.988/ES somaram-se à Recomendação nº 62 do CNJ, no sentido de o poder judiciário redobrar esforços para a promoção do desencarceramento. Reforçou-se desse modo, ao menos em termos discursivos, o desapego do sistema juvenil da lógica encarceradora típica do sistema penal adulto, com o consequente fortalecimento da doutrina da proteção integral. Por fim, é importante apontar que o estado de Pernambuco implementou, a partir de abril de 2020, as teleaudiências, as quais consistem em um esforço de racionalização de recursos dos poderes executivo e judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o intuito de que as audiências de avaliação das medidas socioeducativas aconteçam nas próprias unidades da FUNASE, em meio virtual, com participação de todos os atores processuais (FUNASE, 2021).

3. AS ENTRADAS E SAÍDAS DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

O movimento de entrada e saída do sistema juvenil depende sempre da decretação de uma decisão judicial, seja no momento da entrada da internação provisória, seja ainda na manutenção da medida socioeducativa. Desde esse ponto, serão empreendidos esforços para a compreensão das dinâmicas do encarceramento juvenil no sistema socioeducativo pernambucano, a partir do entendimento do eventual impacto provocado pelas medidas judiciais acima descritas, considerando ainda o contexto de pandemia de Covid-19. Para tanto, far-se-á uma comparação do movimento de entradas e saídas de adolescentes relativas às internações do ano de 2019, tomando-se analiticamente os dados compilados mês a mês.

Outrossim, é preciso pontuar que, durante a pandemia da Covid-19, não se obteve documentos ou outras fontes que sirvam como indicadores seguros para a

afirmação de que houve efetivamente desencarceramento. Tampouco é possível realizar uma avaliação positiva/negativa acerca do mérito dos atos judiciais. Desse modo, o objetivo deste trabalho foi interpretar essas dinâmicas de internação, cotejando-as com as referências teóricas já apresentadas. A partir dessa observação, entende-se ser possível fazer questionamentos a respeito dos pretensos efeitos que a recomendação do Conselho Nacional de Justiça teria provocado na libertação de adolescentes, ou ao menos problematizar a ideia de que a justiça juvenil tem se engajado na meta de desencarceramento do sistema socioeducativo.



Do ponto de vista da ocupação das unidades no estado de Pernambuco, no ano de 2019, a taxa de ocupação manteve-se no patamar de 120% até o mês de julho, quando começou a haver uma redução da ocupação, com um leve sobressalto de crescimento do número de internamentos em agosto de 2019, mas não ultrapassando o número de vagas disponíveis. A inflexão no mês de julho da taxa de ocupação é de 90%, chegando a atingir 79%, em dezembro de 2019. Esse movimento de redução da taxa de ocupação foi acompanhado por um decréscimo da população prisional, que deixou de corresponder a uma média de 1266 (mil duzentos e sessenta e seis) adolescentes, no início do ano de 2019, atingindo o quantitativo de 970 (novecentos e setenta) internos em julho de 2019, e, por fim, de 857 (oitocentos e cinquenta e sete) em dezembro de 2019.

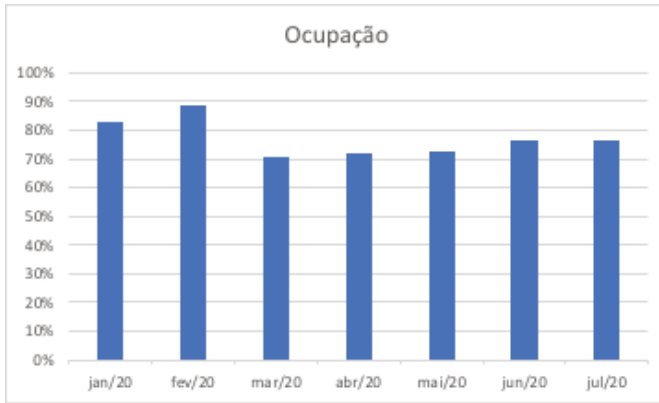
É importante destacar que, no mês da inflexão decrescente (julho/2019), os efeitos do HC coletivo foram estendidos para o estado de Pernambuco, como já apontado, com a realização de mutirões envolvendo os poderes executivo, judiciário e a Defensoria Pública. Nessa ocasião tornaram-se obrigatórias as audiências concentradas de revisão de medida socioeducativa (FUNASE, 2019). Outrossim, a partir daquele mesmo mês, curiosamente, houve aumento de vagas totais das unidades de internação do estado, saindo de 1036 (mil e trinta e seis) para 1079 (mil e

setenta e nove) - correspondentes ao acréscimo de 11 (onze) vagas na unidade de Abreu e Lima, 4 (quatro) vagas em Santo Agostinho e 28 (vinte e oito) vagas em Garanhuns, unidades da região metropolitana de Recife e Agreste, respectivamente. O que não deixa de causar surpresa, considerando que esse aumento de 43 (quarenta e três) vagas para a internação de adolescentes vai de encontro à orientação do Supremo Tribunal Federal de promoção de medidas desencarceradoras, além de ser contraditória com relação à situação peculiar em que se encontrava a FUNASE.

A FUNASE vinha sofrendo pressões desde 2011 para a redução das vagas disponíveis para a internação, em razão das sistemáticas violações ocorridas em suas unidades. Entre os anos de 2012 e 2017, 49 (quarenta e nove) adolescentes morreram em unidades da FUNASE. A instituição também recebeu recomendações do Conselho Nacional de Justiça para o fechamento da unidade de Abreu e Lima, que apresentava graves problemas - para que se tenha uma ideia, somente nesse centro de atendimento socioeducativo foram assassinados 2 (dois) adolescentes e fugiram outros 35 (trinta e cinco) em junho de 2017. Entretanto, o fechamento dessa unidade apenas se concretizou em 27 de janeiro de 2020 - como resultado de uma exitosa Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público de Pernambuco no ano de 2017.

Ocorreu uma variação do número de encarcerados entre julho e dezembro de 2019, com a redução da população encarcerada, em comparação com o número de internados em junho de 2019, que era de 1266 (mil duzentos e sessenta e seis) adolescentes. Não obstante, apesar desse decréscimo, como já registrado acima, houve uma expansão do sistema de internamento juvenil no mês, com a criação de mais 43 (quarenta e três vagas) no mês de julho de 2019. Além disso, é preciso considerar que mesmo com o fechamento da unidade de Abreu e Lima, em janeiro de 2020, quando a população era de 898 (oitocentos e noventa e oito) e em fevereiro de 875 (oitocentos e setenta e cinco) adolescentes encarcerados, a taxa de ocupação foi de 83% e 88% respectivamente. Isto é, o percentual da ocupação dos dois primeiros meses de 2020 é similar ao mês de julho de 2019, quando existiam 98 (noventa e oito) vagas mais, correspondentes à unidade de Abreu e Lima.

Desse modo, é possível sugerir que a política de desencarceramento não está sendo priorizada na pauta do poder judiciário, já que se verifica nas decisões judiciais de entrada e saída de adolescentes que, em termos relativos, manteve-se o patamar anterior de ocupação das unidades de internamento. Isso ocorreu apesar do fechamento de unidades e não obstante as decisões do Supremo Tribunal Federal - que intentaram impulsionar medidas desencarceradoras - e a exposição das condições insalubres e desumanas das unidades pernambucanas - denunciadas pela sociedade civil (importante trabalho de acompanhamento realizado pelo GAJOP) e que serviram de fundamento para a Ação Civil Pública mencionada.



Apesar da inferência, cumpre destacar a importante atuação do poder judiciário em atenção à sua responsabilidade de agir rapidamente para salvar vidas (dentro e fora das unidades de internação) ante a pandemia do Coronavírus. Assim, a partir de março de 2020, quando foi declarada a situação de pandemia e iniciou-se o processo de isolamento social, publicou-se a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça. A partir de então, a população de adolescentes internados decresceu no geral - apesar de um pequeno aumento da população em maio de 2020. Ademais, houve uma redução da taxa de ocupação, considerando-se o primeiro e o último mês analisados.

Com efeito, quando comparadas as taxas de ocupação dos anos de 2019 e 2020, seria possível concluir que no último ano referido teria havido efetivamente desencarceramento, com a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça sendo entendida como o ponto de inflexão desse fenômeno. Ocorre que, partindo de evidências registradas em outros estudos de que a citada recomendação produziu pouco impacto (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020a); assumindo as observações de que nem mesmo o fato de ser o detento integrante de grupo de risco elevado seria relevante para a decisão de sua retirada do sistema prisional, já que magistrados do estado de São Paulo "ignoram os riscos da pandemia para as pessoas em privação de liberdade" (VASCONCELOS, MACHADO, WANG, 2020b); levando em consideração que, no âmbito socioeducativo, começaram a ser prorrogadas as medidas de internação provisória, algo até então inédito (SILVA, 2020); e, por fim, lembrando que o sistema jurídico brasileiro possui uma cultura punitivista arraigada, era preciso questionar mais a fundo esse ideia de que a recomendação teria gerado um processo de desencarceramento de adolescentes em Pernambuco.

A princípio, deve-se considerar que as ilações aqui apresentadas devem ser consideradas como hipóteses sujeitas à verificação com mais profundidade, devido às

limitações epistemológicas dos dados quantitativos, cuja generalização decorre de significativa redução de variáveis (STAKE, 1983). A inferência, portanto, é de natureza formal. Ademais, não se pode jamais indicar, categoricamente, que o poder judiciário seria o único responsável pelo encarceramento em massa. Outrossim, é possível ponderar a respeito da ausência de transparência dos dados, dificuldade que já é uma praxe no âmbito da segurança pública brasileira (FBSP, 2016) e mais ainda no sistema socioeducativo. Sobre as informações relativas ao sistema socioeducativo, por exemplo, tem-se que o último relatório oficial de âmbito nacional apresenta informações levantadas apenas até o ano de 2016, tendo sido publicado em 2018. No estado de Pernambuco, em tempos de Covid-19, somente foram disponibilizados os dados até o mês de julho de 2020, sendo que não há publicidade sobre os casos de contaminação e/ou óbitos de adolescentes - o que contraria a determinação de divulgação transparente dessas informações, contida na Resolução nº 1/2020 (Pandemia e Direitos Humanos nas Américas), aprovada em 10 de abril de 2020 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (2020).

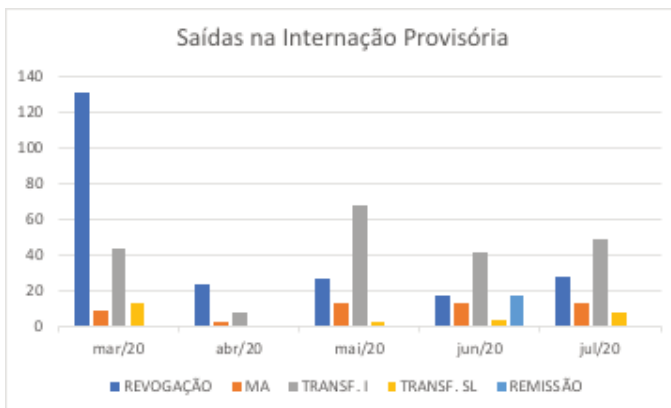
Por outro lado, o CNJ (2021), por meio do monitoramento, aponta dados agregados de contaminação, ajudando na transparência e orientação para ações do poder judiciário. No entanto, como o banco de dados e a publicação dos boletins se dá a partir de junho de 2020, e mesmo assim não há detalhamento por estado e por medida, não é possível discutir o que houve em termos sanitários até essa data; novamente indo de encontro com as orientações de Direitos Humanos da Resolução da OEA.

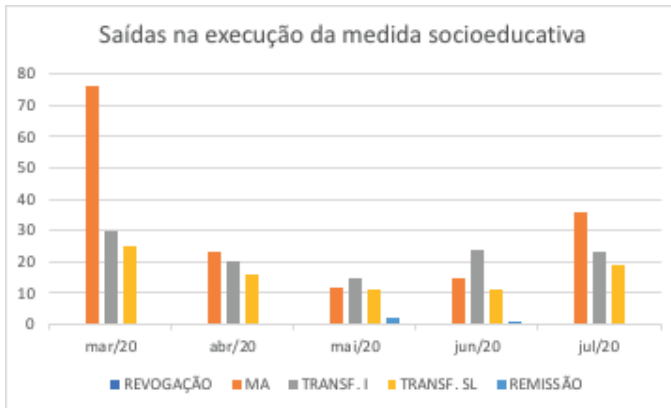
Após essas observações, registra-se que a redução da população internada já estava ocorrendo desde julho de 2019, como visto acima. A diminuição do número de adolescentes presos se manteve durante os meses de janeiro e fevereiro de 2020 e continuou a cair a partir de março do mesmo ano, mas sem nenhuma inflexão brusca - exatamente como havia acontecido em julho de 2019. Isto é, a cifra de mais de 700 (setecentos) adolescentes internados em Pernambuco em julho de 2020, em meio ao agravamento da pandemia de Covid-19, não é resultante de uma aceleração das saídas em virtude da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, mas sim resultado da continuação de uma leve tendência já existente anteriormente, que apenas se somou ao advento da recomendação. A desinternação poderia, portanto, ter sido bem mais acentuada se a política de desencarceramento e as medidas de prevenção à contaminação do novo coronavírus tivessem sido obedecidas à risca pelo poder judiciário.

As hipóteses de que não é possível ser otimista com essa redução da população encarcerada, tampouco cogitar que ela seria resultante de uma maior sensibilidade da

justiça juvenil com as metas de desencarceramento, tornam-se mais evidentes a partir da observação das justificativas de saída das unidades de internação durante os meses de março a julho de 2020. No âmbito das internações provisórias, a movimentação de não institucionalização (colocação em meio aberto, remissão ou revogação da medida) representou 55% e a colocação em sistema de confinamento correspondeu a 45%, de um total de 532 (quinhentos e trinta e duas) saídas. Fica claro, portanto, que o judiciário não foi capaz de evitar que a provisoriedade da medida de internação se tornasse definitiva. Afinal, mesmo com a necessidade de adoção de ações preventivas em razão da pandemia e a despeito das diretrizes de minimização do confinamento decorrentes de comandos do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ainda assim o judiciário pernambucano permitiu que pouco menos de metade da população internada provisoriamente seguisse para o encarceramento.

No caso das medidas de internação, a execução dentro do cárcere não foi interrompida. As saídas por remissão ou revogação da medida ou para colocação em meio aberto - que significam efetivamente desencarceramento, além de maior proteção à contaminação de Covid-19, para a população cativa e que se encontra fora do cárcere - representaram tão somente 34% da movimentação da saída no período. Por outro lado, as formas de manutenção no cárcere corresponderam a 40% do total de 481 (quatrocentos e oitenta e uma) saídas no período. Os 25% restantes relacionam-se a hipóteses que também seriam de encarceramento, como os casos em que o adolescente é movido para o sistema adulto. Ou, nas situações em que se cumpriu integralmente a medida, a indicação de saída do sistema socioeducativo, não pode ser interpretada como medida de desencarceramento, já que não houve decisão judicial e a liberdade é decorrente do esgotamento da sanção aplicada anteriormente e até evasão.





É assustador observar que não houve nenhuma revogação de execução da medida socioeducativa de internação durante o período de março a julho de 2020, em plena pandemia de Covid-19. A situação se torna ainda mais dramática, quando se tem que Pernambuco tinha, no final de maio de 2020, a segunda maior taxa de mortalidade da doença no país, quando medida em termos relativos à população estadual. Nesse sentido, possuía "uma taxa de mortalidade de 29,37 (por 100.000 habitantes); o dobro do registrado para o país (13,91 por 100.000 habitantes), e quase seis vezes maior que a taxa de mortalidade do mundo (4,84 por 100.000 habitantes)" (SÁ et al, 2021, p. 2).

Mais: o primeiro decreto com a recomendação de paralisação de atividades não essenciais foi publicado no dia 14/03/2020 (Decreto No 48.809) e o isolamento foi intensificado até o dia 31/05/2020, o que fez que com o estado ficasse entre os primeiros no índice de isolamento social. Os boletins epidemiológicos semanalmente identificavam a emergência em termos da saúde pública, com crescimento descontrolado de contaminações e óbitos por COVID-19 e até 31/07/2020 esse documento registrava 95.005 casos confirmados e 6.557 óbitos; e na população privada de liberdade, havia informação de 1356 casos (SECRETARIA DE SAÚDE, 2021a)⁵.

Aliás, a primeira versão do plano de contingenciamento (SECRETARIA DE SAÚDE, 2021b) já prescrevia as medidas de isolamento, sendo que não dispôs sobre práticas preventivas nos sistemas socioeducativo e prisional. Nesse contexto, é importante registrar que a sociedade civil organizada, reunida em torno da Rede Solidária em Defesa da Vida - PE (RSDV, 2020), já em 30/03/2020, alertou o governo da necessidade de respostas específicas à população vulnerabilizada.

⁵ É importante registrar que esses documentos estaduais não são explicativos. Não há, por exemplo, indicações de qual seria o contingente de pessoas privadas de liberdade.

Outrossim, sabe-se que o número de casos reportados é baixo, possivelmente, em função da inexistência de testagem massificada. De qualquer maneira, a constatação da alta quantidade de mortes registradas na população pernambucana em face do baixo número de saídas no sistema socioeducativo leva à conclusão de que existe uma indiferença para com a vida e a saúde dos internados.

Portanto, sair do sistema socioeducativo não foi realmente uma alternativa considerada seriamente pela justiça juvenil. Manteve-se o controle institucional de qualquer modo, seja no sistema fechado ou no aberto, e em decorrência de atos infracionais que variam entre ameaça, vias de fato, furto, tráfico, associação para o tráfico - sendo que nenhuma dessas hipóteses justificam a colocação do adolescente em medida de internação, do ponto de vista legal e mesmo jurisprudencial, como é o caso do tráfico de entorpecentes (Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça).

Ao final, é possível concluir da análise de ambas as movimentações que, quando o adolescente está internado, a possibilidade de ser encaminhado para o cárcere é considerável; conseqüentemente, quando está internado, sair da situação de privação de liberdade termina sendo uma grande exceção. Logo, verifica-se que a Recomendação nº 62, do Conselho Nacional de Justiça, não produziu os efeitos esperados de proteção da população juvenil privada de liberdade, pois se manteve a velha lógica de encarceramento. Isso equivale a afirmar que a magistratura pernambucana adotou as máximas da defesa social, em detrimento dos preceitos constitucionais da proteção integral.

No cárcere não é possível efetivar nenhuma das medidas sanitárias recomendadas para a prevenção da Covid-19. Quanto ao isolamento e distanciamento sociais, são impossíveis de serem garantidos intramuros, em unidades com condições precárias e população de internados elevada. Nas unidades de internação, todas as clivagens de classe, raça e gênero são o paroxismo materializado, e as expectativas divulgadas pelas pesquisas científicas de que as desigualdades existentes poderiam maximizar a tragédia, ao que parece, não foram consideradas devidamente pela magistratura pernambucana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a pandemia provocada pela Covid-19, as ações institucionais dos Estados foram (e estão sendo) determinantes para garantia dos direitos de viver e ter saúde; uma vez que, com o alastramento do vírus, as recomendações indicadas pela ciência foram isolamento e distanciamento sociais, higiene das mãos, uso de máscaras. Isto é, ordenação e provimento estatais seriam fundamentais para evitar óbitos, colapso do sistema de saúde e derrocada das vidas comunitárias em todo o mundo.

Nos ambientes de confinamento, essa responsabilidade estatal é ainda maior. Na tensão entre defesa social e vida dos reclusos, as diretrizes de direitos humanos de Estados democráticos de direito recomendam a interrupção do encarceramento; tal como orientou, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 62/2020. No sistema juvenil, dada a doutrina da proteção integral, a movimentação de saídas e evitação de entrada de adolescentes nas medidas em meio fechado, indubitavelmente seria a tônica principal.

Entretanto não foi o que ocorreu. Neste estudo, usando dados quantitativos do fluxo de movimentação de adolescentes no sistema socioeducativo em meio fechado no estado pernambucano entre os anos de 2019 e 2020, foi possível verificar que a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça não provocou impacto no desencarceramento de adolescentes, uma vez que entre março e julho de 2020 não houve revogação de medida em meio fechado, a colocação em meio aberto foi diminuta e a política predominante foi de inúmeras transferências para outros estabelecimentos igualmente em meio meio fechado (internação e semiliberdade). No caso das medidas provisórias, a possibilidade de encaminhamento para meio fechado foi alta; mesmo com notícias de altos índices de contaminação e óbito. É preciso evidenciar também a falta de transparência dos dados, seja no quantitativo de movimentação de adolescentes, seja na divulgação dos casos de contaminação e/ou óbito por Covid-19, como se demonstrou.

O cenário descrito remonta exatamente à lógica prevalente da prisionalização, própria da defesa social e característica do neomenorismo, com total descaso à doutrina da proteção integral, e pior, à saúde e à vida; tudo sob total responsabilidade do poder judiciário pernambucano.

REFERÊNCIAS

AL-DADAH, Oday; CAROLINE, Hing. Novel coronavirus (COVID-19): a global pandemic. *Knee*, 27(2), 2020.

ALVAREZ, Marcos César. **A emergência do código de menores de 1927**: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10.02.2021.

BRASIL. **Levantamento anual SINASE 2016**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019.

344 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Habeas corpus nº 143.988/ES**. 2ª Turma, Relator Min. Edson Fachin. Brasília, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>. Acesso em: 10.02.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recomendação nº 62**. Brasília, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 10.02.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento CNJ Covid-19**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/>. Acesso: 08.02.2021.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 67**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

CIFALI, Ana Cláudia. **As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil**: atores, representações sociais e racionalidades. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2019.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de tutela nº 153/98**. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 10.02.2021.

FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). **Diagnóstico sobre os processos e procedimentos de produção de estatísticas e análise de informações em segurança pública e sistema prisional das unidades da federação e do governo federal**. 2016. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_diagnostico_producao_informacao_sist_penitenciario_2016.pdf. Acesso em 08.02.2021.

FUNASE. **Teleaudiências**. Disponível em: <https://www.funase.pe.gov.br/noticias/11-blog/3616-funase-e-justica-realizam-primeiras-teleaudiencias-com-adolescentes>. Acesso em: 08.02.2021.

GARCÍA MENDEZ, Emílio. Das relaciones publicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los derechos del niño en America Latina (1989-2009). **Revista internacional de história política e cultura jurídica**. vol. 3, no.1, Rio de Janeiro, janeiro-abril 2011, p. 117- 141.

HALLAL, Pedro C. SOS Brazil: science under Attack. **The lancet, v. 397**, jan, 2021. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2821%2900141-0>. Acesso em: 01.02.2021.

INFOVÍRUS. **Infovírus**: prisões e pandemia. Disponível em: <https://www.covidnasprisoes.com/infovirus>. Acesso em: 01.02.2021.

LIAO, Chia-Hung et al. How do we decide to de-isolate COVID-19 patients?. **Journal of microbiology, immunology and infection, 53(3)**, june, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1684118220300852?via%3Dihub>. Acesso em: 09.02.2021.

MACHADO, Erica Babini; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues; SERRA, Marco Alexandre de Souza. Permanências históricas na criminalização da infância: observações sobre as consequências do neomenorismo no sistema de justiça juvenil brasileiro. **Direito público, v. 16, n. 89**. Brasília: IDP, 2019.

MACHADO, Érica Babini. Da racionalidade normativa à prática judicial da justiça juvenil: uma revisão teórica. **Revista brasileira de ciências criminais, n. 169**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MACHADO, Érica Babini; SANTOS, Milena Oliveira dos. Influências criminológicas e ambiguidades: em busca de uma hermenêutica para a justiça juvenil. BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). **Direito penal, processo penal e criminologia**. Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019 . disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Vol-25-dir-penal-processo-penal-e-criminologia.pdf>.

MACHADO, Máira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de investigações constitucionais**, v. 7, n. 2. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2020.

MUNCIE, John. The 'punitive' turn in juvenile justice: cultures of control and rights compliance in western europe and the usa. **Youth justice**, 8, n. 2. Thousand Oaks: Sage, 2008.

OEA (Organização dos Estados Americanos). **Resolução no 1/2020 – pandemia e direitos humanos nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 20.12.2020.

OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. **Mecanismos sociais de decisões judiciais**: um desenho misto explicativo sobre a aplicação da medida socioeducativa de internação. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.

OPAS. **Folha informativa COVID-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 01.02.2021

ONU. Organização das Nações Unidas. **Regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude** (Regras de Beijing), 29 de novembro de 1985. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm. Acesso em: 10.02.2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Brazil**, 30 de outubro de 2015. Disponível em: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjNHBumcEd5TkNWJOjDFQeatJbyFs960qiwzXV0YO437juxmhfAMHNLV1o3vXd5Afw5LCD74G939ZexURikte8y6sfGv2Qx5kMx0LNfKc1bM>. Acesso em: 10.02.2021.

PAULA, Liana de. Encarceramento de adolescentes: o caso Febem. LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (orgs.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2006.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil, 3ªed. São Paulo: Cortez, 2011.

REDE EM DEFESA DA VIDA. **Documento 1**. Disponível em: <http://www.unicap.br/catedradomhelder/?p=3151>. Acesso em 24.02.2021.

SÁ, Álvaro Robério de Souza et al. **Informativo 02**: covid-19 em Pernambuco: quão grave tem sido a Pandemia no Estado? Universidade Federal de Pernambuco (Núcleo em economia regional e urbana/ Programa de Pós Graduação em Economia/Campus Agreste). Junho, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/342009284_Informativo_02_COVID-19_em_Pernambuco_Quao_grave_tem_sido_a_Pandemia_no_Estado. Acesso em: 25.02.2021.

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. SECRETARIA EXECUTIVA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. **Plano de contingência para infecção humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)**. Versão n. 01. Pernambuco, Fevereiro de 2020. Disponível em: https://12ad4c92-89c7-4218-9e11-0ee136fa4b92.filesusr.com/ugd/3293a8_c375104f0742412380f5ae9049559254.pdf. Acesso em 24.02.2021a.

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. SECRETARIA EXECUTIVA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. **Boletim epidemiológico**. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/boletim-epidemiologico-covid-19>. Acesso em 25.02.2021b.

SILVA, Patrícia. **A Covid e o sistema socioeducativo**. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/covid-19-e-sistema-socioeducativo?categoryId=184056>. Acesso em: 08.02.2021.

SIMON, Jonathan. **Mass incarceration on trial**. New York: The new press, 2014.

346 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: perspectivas angolana, brasileira e moçambicana

STAKE, Robert E. Pesquisa qualitativa/naturalista: problemas epistemológicos. **Educação e seleção**, n. 7. Rio de Janeiro: Fundação Carlos Chagas, 1983. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/index.php/edusel/article/view/2541>. Acesso em: 09.02.2021.

TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias evolutivas en la protección del niño y del adolescente: de la situación irregular a la protección integral. **Capítulo Criminológico**, v. 24, n. 2, p. 119-136, 1996.

VALENÇA, Manuela Abath; BORBA, Marcela Martins; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. Audiências de custódia e seus desafios: apontamentos a partir da realidade do Recife. SANTORO, Antônio Eduardo; GONÇALVES, Carlos Eduardo (orgs.). **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VASCONCELOS, Natália Pires de, MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo, **Revista de Administração Pública**, 54(5). Rio de Janeiro, p. 1472-1485, set-out, 2020.

VASCONCELOS, Natália Pires de, MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. Pandemia Só das Grades para Fora: os Habeas Corpus Julgados pelo Tribunal de São Paulo. **Revista Direito Público**, v. 17, n. 94. Brasília: IDP, 2020.

ARTE-FINAL E DIAGRAMAÇÃO:

ARKLOM
IMAGINAR É DESPERTAR IDEIAS

Campo Bom - RS - E-mail: imagine@arklom.com
www.arklom.com

O ESTADO DE EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19:

PERSPECTIVAS ANGOLANA,
BRASILEIRA E MOÇAMBICANA

“O Estado de Emergência e a Proteção dos Direitos Humanos em Tempos de COVID-19: Perspectivas Angolana, Brasileira e Moçambicana” é uma obra coletiva que explora as respostas dos sistemas jurídicos de Angola, Brasil e Moçambique à pandemia de COVID-19. Esta análise multidisciplinar aborda como os estados de emergência afetaram a proteção dos direitos humanos nestes países, com foco na constitucionalidade e nas implicações do sistema penal. O livro é resultado de um intercâmbio acadêmico e institucional entre a Universidade Federal de Pelotas (Brasil), a Universidade Católica de Moçambique e a Universidade Rovuma (Moçambique), enfatizando a importância da colaboração internacional no avanço do conhecimento e da pesquisa em direitos humanos e justiça criminal, refletindo sobre o equilíbrio entre medidas de saúde pública e liberdades fundamentais e oferecendo insights valiosos para pesquisadores, profissionais do direito e formuladores de políticas interessados nos impactos jurídicos e sociais da pandemia.