

EXECUÇÃO DA PENA EM LOCAL PRÓXIMO AO MEIO SOCIAL E FAMILIAR DO APENADO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

EXECUTION OF THE PRISONER'S PENALTY NEAR SOCIAL AND FAMILY ENVIRONMENT AND ADMINISTRATIVE DISCRETION

André Paulani Paschoa

Bacharel em Direito pela PUCSP. Mestrando em Direito Administrativo pela PUCSP. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5892534291010823>
ORCID: 0000-0002-4130-3599
paschoandre@gmail.com

Giovanna Migliori Semeraro

Bacharela em Direito pela PUCSP. Mestra em Teoria e Filosofia do Direito pela USP. Professora de Direito Penal e Filosofia do Direito da UniSãoRoque. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8453642538955366>
ORCID: 0000-0002-0638-7707
giovanna.migsem@gmail.com

Resumo: Partindo do conceito de que a Lei de Execução Penal construiu um modelo de execução das penas que exige a participação conjunta tanto do Poder Judiciário quanto da Administração Pública, o artigo explora como as decisões judiciais têm lidado com o direito dos apenados de cumprir sua reprimenda em local próximo ao seu meio social e familiar. Nesse sentido, explora-se o conceito de discricionariedade administrativa para compreender se a jurisprudência tem se utilizado do conceito para garantir o direito dos apenados ou para se furta a analisar ameaças e lesões ao direito, alegando tratar-se de decisões administrativas e, portanto, vedadas ao controle judicial.

Palavras-chave: Execução Penal, Transferência de Presos, Discricionariedade Administrativa.

Abstract: Based on the concept that the law of criminal execution has built a model that requires the joint participation of both the judiciary and the public administration, the article explores how judicial decisions have dealt with the prisoner's right to serve the sentence in a location close to his social and family environment. Besides, the concept of administrative discretion is explored in order to understand whether the courts have been using the concept to guarantee the prisoner's right or to avoid analyzing threats and injuries to the right, with the allegation that it is a matter of administrative decision, and are, therefore, prohibited from judicial control.

Keywords: Criminal Execution, Transfer of Prisoners, Administrative Discretion.

1. A execução penal e a discricionariedade administrativa

Até a Lei de Execução Penal, a execução da pena era afeta tão somente à Administração Pública, não se encontrando prevista a sua jurisdicionalização. Após a prolação da sentença, cabia exclusivamente ao Estado-Administração promover a efetivação da sanção aplicada, em uma clara distinção entre esferas de natureza processual e de natureza material.¹

Com o advento da Lei 7.210/1984 (LEP) e da Constituição de 1988, esta natureza predominantemente administrativa da execução penal teria sido, em tese, abandonada. O movimento legislativo foi de procurar subtrair a execução do arbítrio da Administração. A teórica aplicação do princípio da jurisdicionalidade se traduz em inegável garantia de proteção ao condenado, "no sentido de que a atuação do juiz se estende à execução penal em toda sua plenitude, podendo ele ser provocado pelo condenado quando se sentir vilipendiado em qualquer de seus direitos".²

Temos, portanto, um paradigma no qual a atividade da execução da pena divide-se entre o Poder Executivo, principalmente no que tange à gestão do sistema carcerário, e o Judiciário, no que tange à análise de todos os atos praticados por qualquer autoridade na execução da pena e das medidas de segurança.³

Nesse contexto, a Lei de Execução Penal acaba por trazer ao interesse do Direito Penal uma tradicional discussão do ramo do Direito Administrativo: a questão da discricionariedade do ato

administrativo, no contexto do sistema carcerário.

Veja-se que discutir discricionariedade administrativa demanda, necessariamente, transitar no limiar entre o combate ao autoritarismo do Estado e a tripartição dos poderes. Se, de um lado, os atos administrativos devem ser emitidos sob as diretrizes impostas pelo ordenamento jurídico como um todo, de outro lado, à Administração Pública remanesce um campo de discricionariedade sobre a aplicação do Direito que não pode ser invadida pelo Poder Judiciário.

A má aplicação desta última ideia, contudo, leva intérpretes a compreender erroneamente que a discricionariedade da Administração Pública significa liberdade de atuação do agente estatal. Essa saída hermenêutica "fácil" depõe contra, justamente, aquilo que se pretende, conforme exigência constitucional, combater: o autoritarismo exacerbado.

Analisar-se-á, sob esta ótica, a relação entre Poder Judiciário e Administração Pública no que tange a uma questão específica: a análise dos pleitos de transferência dos detentos para estabelecimentos penais em localidades mais próximas a seu núcleo social e familiar.

Pois bem. O objetivo principal da execução penal não se limita ao cumprimento da pena, devendo o Estado propiciar ao condenado condições para seu retorno harmônico à sociedade. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado pelo

Decreto 592/1992, estabelece que “o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros” (artigo 10, §3º). E o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, promulgado pelo Decreto 678/1992, determina que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (artigo 5º, §6º).

Para tais fins de reintegração social do condenado, a Lei de Execução Penal traz, conforme seus artigos 66, 86 e 103, o direito de o cumprimento da reprimenda se dar próximo ao seu meio social e familiar.

Ocorre que, uma vez submetida ao Poder Judiciário a questão do cumprimento da pena em comarca próxima à família do encarcerado, é comum que a posição dos tribunais seja no sentido de que se trata de questão afeita à seara administrativa e, portanto, a transferência do preso estaria submetida às regras da discricionariedade do ato administrativo.

Importante destacar que, similarmente às decisões judiciais, os atos administrativos também devem ser fundamentados – doutrinariamente conhecidos como *motivados*.⁴ Faz-se necessário explicar que o ato administrativo é aquele que tem por objetivo maior dar concretude às disposições do ordenamento jurídico. Isto é, simplificada, define-se o ato administrativo⁵ como aquele comando estatal da Administração Pública que tem por objetivo o cumprimento da legislação e que está sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

Ao tratar dessa temática, é inevitável discutir a dicotomia entre atos vinculados e discricionários. A discricionariedade administrativa pode ser definida como aquele espaço de atuação do Estado que não pode ser interferido pelo Poder Judiciário – sob pena deste poder ferir a constitucional tripartição de poderes e adentrar ao mérito do ato administrativo. Contudo, se é certo que a definição de ato administrativo está necessariamente vinculada ao cumprimento das exigências da legislação, a possibilidade de controle dessa decisão é mandamento constitucional arrolado no artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A discricionariedade administrativa, que não pode ser ferida pelo Poder Judiciário, deve-se limitar aos atos que não contrariem o direito, que não o lesem ou ameacem de nenhuma forma. Isso porque discricionariedade não pode ser confundida com liberdade, nem, evidentemente, como liberdade para ir contra direitos e, em nenhuma hipótese, liberdade para ir contra direitos sem possibilidade de controle judicial.⁶

Para a situação em tela, parece certo que, havendo determinação expressa na lei de que é o juiz da execução quem deve determinar a alteração da comarca,⁷ a análise jurídica sobre essa alteração pode surgir de diversas formas: ou há alteração pleiteada pela Administração Pública, ou há o requerimento do apenado, e, neste último caso, tal requerimento pode ser realizado para a autoridade administrativa competente ou para o próprio juízo. Em qualquer das formas, repisa-se, a análise final, por determinação da Lei de Execução Penal, é do juízo de execução.

Compete, nestes termos, à autoridade administrativa responder ao pedido do administrado ou, se requisitado, ao próprio juízo – que deve questionar, especialmente, se há vagas no local pretendido pelo apenado.

Como já explicado, os atos administrativos devem ser motivados, devem ser expostas as razões de fato e de direito que orientam a negação ou deferimento do pedido. O agente público, ao se manifestar sobre o pedido do apenado, ou responder se requisitado pelo juízo de execução, não pode se limitar a dizer que o juízo de conveniência e oportunidade desaconselham a medida, ou que é de interesse público a manutenção do apenado em instituição distante do seu meio social ou familiar em razão de um genérico argumento

de colapso do sistema carcerário.

Desse modo, a discussão jurídica sobre a existência ou não de discricionariedade do agente público para decidir o pleito do recluso deve compreender o ato administrativo – ainda mais quando relacionado à execução penal, que é, por definição, uma restrição ao direito fundamental de liberdade – como uma etapa de interpretação do direito, sujeita à mesma necessidade de fundamentação de uma decisão judicial.⁸

Assim, quando um ato administrativo decide o pedido de o sentenciado cumprir sua pena de restrição de liberdade em proximidade ao meio social e familiar, a negação do pedido pela Administração Pública deve explicar e fundamentar as razões, no caso concreto, de eventual negativa. A ausência de motivação do ato que nega cumprimento a um direito fundamental do apenado obriga o judiciário, nos termos do acima referido mandamento constitucional, a rever a decisão administrativa.

2. A jurisprudência do TJ-SP e do STJ

Diante dessa explanação, urge-se expor que há uma interpretação comum ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁹ de que seria competência da Administração Pública – notadamente, em terras paulistas, da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) – a decisão sobre o local de execução da pena, considerando a situação de deficiência do sistema carcerário. Sua eventual transferência para local mais próximo à família seria, portanto, uma decisão de pura conveniência e oportunidade administrativa. A corte Bandeirante costumeiramente cita a Resolução SAP-52, de 30-5-2003, que dispõe sobre a movimentação de presos como prova de que a responsabilidade pela decisão é administrativa.

Essa interpretação, contudo, está equivocada diante das previsões da Lei de Execução Penal e, acima de tudo, decorre de compreensão errônea do conceito de discricionariedade administrativa, tal como acima exposto. Veja-se, inclusive, que a própria Resolução determina em seus artigos 1º e 4º que, respectivamente, a “região de moradia dos familiares do sentenciado” e a “aproximação familiar” são requisitos que devem ser obrigatoriamente apreciados.¹⁰

Ademais, nem se poderia prever o contrário, haja vista que a Lei de Execução Penal estipula o direito do apenado a permanecer em local próximo ao seu meio social e familiar. Tal previsão não prescinde, evidentemente, que a efetiva transferência exigirá da Administração Pública a tomada das medidas cabíveis. No entanto, se compete ao juiz da execução determinar “o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca”, certo é que essa decisão judicial deve ser determinada à luz do direito do apenado e, também, do conceito de discricionariedade administrativa.

As contínuas decisões paulistas,¹¹ que se eximem de decidir sobre o pleito dos apenados em virtude de se compreender que trata-se de mera discricionariedade administrativa, contrariam o conceito de discricionariedade administrativa exposto. Isso porque a transferência do condenado deve, explicitamente, considerar a exigência do ordenamento normativo pátrio de que a sua pena seja cumprida em ambiente próximo ao meio familiar e social. Exige-se, portanto, tanto da Administração quanto do Judiciário que a eventual negativa desse pleito (ou o questionamento a respeito de uma transferência para localidade mais longe) seja devidamente fundamentada e que, se assim for exigido, tal direito seja afastado em cada caso concreto.

De outra sorte, o Superior Tribunal de Justiça (STJ),¹² reiteradamente, tem assinalado que referido direito de proximidade ao meio familiar e social não é absoluto e que a decisão judicial deve considerar, fundamentadamente, outros direitos envolvidos. Essa jurisprudência pretende garantir, com acerto, o devido sopesamento de direitos e questões controvertidas que remanescem no tormentoso cenário de encarceramento nacional. A despeito da prevalência pelo sopesamento, certo é que a construção destes precedentes tem

sido utilizada para que a negativa dos pleitos dos apenados de permanecer em local mais próximo de seu meio social e familiar continue arbitrariamente alocada em decisões administrativas não fundamentadas. Isso porque a jurisprudência do STJ é regularmente citada, inclusive pelos próprios ministros da corte superior, como justificativa para não rever decisões de instâncias inferiores, haja vista que o direito pretendido não seria absoluto.

É dizer, se, de um lado, a jurisprudência da corte superior é juridicamente acertada porque exige que a apreciação do direito seja sopesada – o que é uma característica natural de qualquer direito constitucional; de outro, acaba por pecar ao repetir somente a primeira parte do que fora decidido. Não adianta reforçar que o direito não é absoluto, se não se exigir o sopesamento concreto e individual com os demais direitos contrapostos.

3. Conclusão

O que se pretende demonstrar é que a ausência de uma motivação

de fato e de direito juridicamente correta, concreta e específica ao caso individual, pode e deve ser alvo de fulminação pelo poder judiciário. Se a Administração Pública decidir por alterar o apenado de localidade, ou se negar pedido nesse sentido, não pode decidir por qualquer sorte de arbítrio, devendo estar a decisão devida e justificadamente embasada no Direito – e, especialmente, no direito expresso na Lei de Execução Penal de os reclusos cumprirem pena próximo ao seu meio social e familiar.

Assim, a melhor interpretação jurídica da questão aqui proposta exige que a Administração Pública demonstre, se questionada, o porquê de o recluso especificamente estar preso em local mais distante ou, ainda, o motivo da transferência. Afastar um direito do apenado, isto é, afastar um direito que funciona como um dos pilares da ressocialização pretendida pelo sistema penal, exige demonstração fundamentada e aplicável ao caso concreto, seja do administrador, seja do judiciário.

NOTAS

¹ PRADO, Luis Regis. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 61.

² Conferir PRADO, *Op. cit.*, p. 61.

³ Exposição de motivos da LEP, item 173: "O Juízo da Execução é o foro natural para o conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade, na execução das penas e das medidas de segurança".

⁴ Conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. pp. 115-116 e 412 e seguintes

⁵ Conferir MELLO, *Op. cit.*, p. 397.

⁶ Comentando questões afetas à discricionariedade administrativa na execução penal, Bruno Shimizu escreveu: "Assim, a jurisdicionalização da execução preparará a submissão ao contraditório judicial das decisões que disserem respeito ao exercício de direitos fundamentais, entre os quais incluem-se todas as decisões que tiverem impacto sob a liberdade individual." (SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 152/2019, fev. 2019, nota de rodapé 1).

⁷ Lei de Execução Penal. Art. 66: "Compete ao juiz da execução: (...) V – determinar: (...) g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca".

⁸ Georges Abboud comenta nestes termos a discricionariedade administrativa: "Na seara administrativista, dever de coerência e a visualização do direito como integridade exigem da Administração Pública a obrigação de conceder ao administrado a resposta constitucionalmente adequada (correta) (...) São requisitos necessários para que seja admitida restrição a direito fundamental: (i) a restrição deve estar fundada em uma base legal; (ii) a restrição deve ser feita em prol do interesse público ou então com o intuito de proteger outros direitos fundamentais; (iii) a limitação deve ser proporcional e (iv) o direito fundamental não pode ser aniquilado em sua essência" (ABBOUD, Georges.

Discricionariedade Administrativa e Judicial. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014. pp.262-263)

⁹ Acórdãos TJ-SP: HC Criminal nº 2241687-75.2019.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Criminal; HC Criminal nº 0046512-80.2019.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Criminal; Agravo de Execução Penal nº 0002359-84.2019.8.26.0509, 8ª Câmara de Direito Criminal; HC nº 000322652.2019.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Criminal; Agravo de Execução Penal nº 0001785-55.2019.8.26.0026, 8ª Câmara de Direito Criminal.

¹⁰ "Artigo 1º - A distribuição no sistema penitenciário dos presos condenados, provenientes dos Centros de Detenção Provisória, cadeias públicas e distritos policiais será de competência do Gabinete do Secretário e obedecerá, conforme a disponibilidade de vagas, a dois requisitos básicos: a. artigo penal da condenação; b. região da moradia dos familiares do sentenciado. (...) Artigo 4º - Nas ordens e registros de remoções sempre constará a causa da transferência, de acordo com os seguintes campos: 1 - aproximação familiar; 2 - emergencial; 3 - progressão de regime; 4 - ordem judicial; 5 - ordem administrativa superior."

¹¹ Importa destacar, no entanto, um acórdão do TJSP que vai ao encontro do que aqui se considera como a interpretação jurídica correta do instituto: Agravo de Execução Penal nº 9001201-54.2019.8.26.0050, 14ª Câmara de Direito Criminal.

¹² Conforme: RHC 109403 (Acórdão) Ministra Laurita Vaz DJe 14/06/2019 Decisão: 04/06/2019; AgRg no RHC 58706 (Acórdão) Ministra Maria Thereza de Assis Moura DJe 18/06/2015 Decisão: 09/06/2015; AgRg no HC 392198 (Acórdão) Ministro Reynaldo Soares da Fonseca DJe 20/06/2017 Decisão: 13/06/2017. Também conferir 37 acórdãos disponíveis na aba "processo penal" da "pesquisa pronta" do sítio eletrônico da corte superior, tema "Preso. Cumprimento de pena. Proximidade ao meio social e familiar": <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&preConsultaPP%20=000005255%2F3>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

Recebido em: 07/03/2020 - Aprovado em: 09/04/2020 - Versão final: 01/07/2020

CORONAVÍRUS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O CAOS PODERÁ SER AINDA MAIOR

CORONAVIRUS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: CHAOS CAN BE EVEN GREATER

Beatriz Vilela de Ávila

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5217556412634867>

ORCID: 0000-0002-1824-1924

beatrizvilelavila@gmail.com

Vítor Gabriel Carvalho

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6923816421413534>

ORCID: 0000-0001-5729-7480

vitocarvalho08@hotmail.com