

DA NATUREZA JURÍDICA DA INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E DO ENFOQUE MACRO DO PROBLEMA PRISIONAL

Jorge Maurique e Rafael Garcia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o problema da superpopulação e da precariedade das casas prisionais no Brasil, suas origens e situação atual. O enfoque parte da visão de planejamento estratégico do Poder Judiciário brasileiro, missão institucional do Conselho Nacional de Justiça, consagrada pela reforma do Poder Judiciário, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Longe de apontar soluções “mágicas” ou imediatistas, este trabalho visa a analisar – a partir de casos concretos, tanto na seara administrativa, como no campo jurisprudencial – onde estão localizados os gargalos que ainda prendem o sistema prisional dentro da incapacidade estatal de geri-lo (ou administrá-lo).

2. O PROBLEMA DAS CASAS PRISIONAIS E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O problema dos presídios foi inicialmente enfrentado por ocasião do julgamento de Procedimento de Controle Administrativo¹, instaurado no Conselho Nacional de Justiça pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pela Comissão de Direitos Humanos da seccional de Tupã (SP) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face da corregedoria-geral da Justiça do Tribunal de Justiça paulista.

Em abril de 2007, o juízo de execução penal de Tupã prolatou uma sentença, impedindo diretores das penitenciárias de Pacaembu, de Lucélia e do Centro de Progressão de Pacaembu de receberem mais presos diante da superlotação e da precariedade de conservação das unidades. Essas decisões foram cassadas pela corregedoria, a qual entendeu tratar de controle hierárquico de ato administrativo.

O ato suspensivo da interdição, proferido pela corregedoria paulista foi confirmado pelo Conselho Nacional de Justiça, que, embora reconhecendo a problemática vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro, pontuou que a solução mais adequada envolve mais atores e instituições, inclusive fora do Poder Judiciário, e instrumentos de médio e longo prazo, tais como adoção de políticas públicas mais adequadas².

3. NATUREZA JURÍDICA DA INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

A Resolução nº 47/CNJ dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal. Seu art. 2º enuncia que o juiz deve elaborar relatório mensal sobre as condições da casa prisional e encaminhá-lo, até determinada data, à

corregedoria de Justiça do tribunal ao qual pertence, sem prejuízo de outras providências para o adequado funcionamento do estabelecimento. Destaca-se o papel do juiz da execução conforme o modelo de fiscalização que delinea a própria Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

No caso de ser necessária a interdição do estabelecimento prisional, surgem posições acerca de qual rito e qual regime recursal estaria aquela decisão sujeita. Ou seja: trata-se de decisão jurisdicional, logo, somente desafiada por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP). A Lei de Execuções Penais parece confirmar tal posicionamento, mormente diante da hipótese enumerada em seu art. 66, segundo o qual compete ao juiz da execução decretar a interdição, parcial ou total, do estabelecimento penal que estiver em condições inadequadas, ou que estiver em situação violadora dos dispositivos da LEP, como o caso da superpopulação (art. 85). Argumentar-se-ia, ainda, que a referida decisão pode ser desafiada pelo recurso de agravo de execução (art. 197).

Todavia, quem seriam as partes e os legitimados a exercer esse controle da execução? Haveria lide – no sentido de conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida³, ou de resistência oposta à pretensão que torna a situação litigiosa – propriamente? (BERMUDES, 2006, p. 12). Ou seria caso de procedimento de jurisdição voluntária (SOARES, *apud* GIORGIS, 1991, p. 109), em que bastaria que uma das partes envolvidas na execução (apenado, Defensoria Pública, Ministério Público) impulsionasse o juízo da execução a decretar a medida?

Por outro lado, parece-nos que as medidas em tela se circunscrevem ao âmbito de controle administrativo do Poder Judiciário, não se confundindo com a esfera jurisdicional. Mediante exegese sistemática de algumas normas contidas na Lei de Execuções Penais, podemos verificar que o art. 65 esclarece que a execução penal compete ao juiz indicado na lei local de organização judiciária (Código de Organização Judiciária etc.), ou ao juízo que sentenciar o réu, quando a lei local for silente. Há, assim, dois modos de estabelecer a quem compete dirimir as questões acerca da execução penal: lei local ou juízo penal. No primeiro caso, tomemos como exemplo o estado de São Paulo, cujo código judiciário (Decreto-lei complementar n. 3/1969) preceitua que os juízes das varas das execuções criminais são competentes para as questões relativas à execução da pena e seus incidentes, bem como são encarregados da atividade correcional nos presídios (art. 33 e incisos). A atividade de correição envolve todos os serviços auxiliares dos órgãos da Justiça, a própria polícia judiciária e os presídios, cujo exercício dá-se por meio de regulamentação da própria corregedoria-geral da Justiça do Estado de São Paulo (art. 50), *in casu*, conforme o seu Provimento nº 50/89. Esse regramento reúne textos esparsos de numerosos provimentos em volume único, versando sobre as normas correccionais emanadas da presidência do Tribunal de Justiça, do Conselho Superior da Magistratura e da corregedoria-geral, relativas à disciplina da função correcional e dos serviços auxiliares⁴.

Assim, as normas de serviço da corregedoria-geral da Justiça passaram a especificar as atribuições dos juízes-corregedores em diversos itens normativos. Tais itens delimitam o campo da função correcional nos presídios, a qual é exercida pelo corregedor-geral da Justiça, e, nos limites de suas atribuições, pelos juízes de direito (arts. 1º e 3º do Provimento n. 50/89). Destarte, quando se averiguar a situação precária da casa prisional, o juiz-corregedor permanente tem a possibilidade de baixar uma portaria, instaurando o respectivo processo de interdição, mediante juntada de uma série de documentos comprobatórios das referidas condições, tais como o laudo médico sobre

as condições sanitárias e higiênicas do prédio, o laudo técnico sobre as condições de segurança e de utilização do local, bem como fotografias ilustrativas, além da comunicação da prefeitura do Município onde sediado o estabelecimento, a qual deve informar se há possibilidade de efetuar obras saneadoras (arts. 160 e 161). Somente após essa instrução e eventuais diligências, o juiz-corregedor permanente examinará a conveniência da interdição (art. 162). Sendo o caso da medida extrema, deverá o juízo obter aprovação da corregedoria-geral da Justiça, autoridade competente para autorizar que o referido juízo baixe o respectivo decreto de interdição (arts. 162.1, 163 e 163.1). A interdição, justamente por ser uma medida extrema que alcança o poder de polícia do Estado, deve ser cientificada aos detentores das pastas de segurança pública e da Justiça no Poder Executivo estadual (arts. 163.1 e 164).

Pela leitura conjugada das normas postas no exemplo acima, pode-se extrair que a previsão normativa para a interdição estabelece minucioso procedimento a ser adotado com cinco fases distintas: fase 1 – verificação da situação precária do estabelecimento prisional pelo juiz-corregedor permanente, o qual deve baixar portaria para instaurar o competente processo de interdição (art. 160), acompanhada de documentação própria (art. 161); fase 2 – exame da corregedoria-geral da Justiça acerca da conveniência da interdição (art. 162); fase 3 – emissão de autorização da Corregedoria-Geral da Justiça para o juízo expedir o decreto de interdição (arts. 162.1 e 163); fase 4 – edição do decreto de interdição pelo juiz-corregedor permanente (art. 163.1) e, por fim – fase 5 – ciência à corregedoria-geral da Justiça, à vara das execuções criminais da Capital e aos secretários de Estado da Segurança Pública e da Justiça (art. 164).

Vê-se, portanto, que o procedimento descrito revela indiscutivelmente um ato administrativo, que pode ser considerado nos termos de PONDÉ (1998, p. 43), como um ato complexo, o qual, sendo ato único e indiviso, resulta de vontades distintas e homogêneas, que não possuem idoneidade a constituir um ato administrativo *per se*. Logo, seus atos específicos não produzem efeito isolado qualquer, senão quando completados ou integrados. Poder-se-ia acrescentar que o referido ato constitui igualmente um ato composto, vez que o fim e a atuação da vontade dos agentes têm relação de dependência – e não de unidade (RAO, 1997, p. 58-60). Ademais, no ato composto existe uma manifestação de vontade única de um órgão apenas, que depende da verificação ou de providências de outro órgão para tornar o ato exequível (NETTO DE ARAÚJO, 1992, p. 157). Di Pietro (2008, p. 185) reforça esse conceito ao confirmar que *os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc. são atos compostos*.

De qualquer modo, independentemente da exata classificação doutrinária do mencionado ato, ainda assim não deixa a interdição de ser um ato administrativo sujeito ao controle hierárquico da Administração do Poder Judiciário estadual, não se aplicando os preceitos atinentes à execução penal propriamente, em especial, o recurso de agravo em execução. Pode-se afirmar que, de certa forma, tal entendimento é sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, em voto de lavra do Min. Teori Albino Zavascki⁵, o qual, ainda que, em sede de juízo de cognição não-exauriente (medida cautelar), convenceu-se da plausibilidade da tese ora aventada. Nesse caso, a Corte apreciou um caso de interdição da Penitenciária José Abranches Gonçalves/MG, requerida pelo Ministério Público ao Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Neves/MG, ao argumento de que aquele estabelecimento não vinha cumprindo o seu fim, e sua administração nada fazia para impedir as constantes evasões dos sentenciados. Depois de o juízo de 1º grau decretar a interdição parcial e temporária da penitenciária, o estado

de Minas Gerais impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça mineiro, cuja ordem foi denegada sob o fundamento de que não se admite mandado de segurança em substituição a recurso ordinário previsto em Lei (art. 5º, II, da Lei n. 1.533/51), *in casu*, o agravo em execução previsto no art. 197 da Lei 7.210/84. Com o escólio de Mirabete, entendeu o ministro relator que, *enquanto as decisões jurisdicionais do juiz da execução estão sujeitas ao recurso de agravo em execução, previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal, as decisões administrativas estão submetidas ao recurso estabelecido pela lei local. Mesmo as decisões administrativas do juiz devem ficar sujeitas ao reexame formal e material, e a lei local deve estabelecer a competência e formalidades necessárias à nova apreciação do pronunciamento judicial a fim de se respeitar o princípio da legalidade da execução penal.* (MIRABETE, 2007, p. 207)

Assim, a dúvida encontra-se relativamente dirimida, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, acerca da natureza jurídica do ato de interdição de estabelecimento de execução penal: trata-se de ato administrativo 6.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido já havia concluído o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro que a interdição de presídio traduz causa de Direito Administrativo – e não fato de infração penal – na relação jurídico-processual, caso decretada pelo Juízo da Execução Penal, por ocasião do julgamento do RMS nº 4059/RS 7.

Outros tribunais da federação possuem entendimento que não destoam deste, tal como se pode averiguar em julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁸ e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹.

Reforçando esse entendimento, tanto o Supremo Tribunal Federal¹⁰, como o Superior Tribunal de Justiça¹¹ têm entendido que inclusive as questões que tratam de transferência de presos possuem natureza jurídica de ato administrativo.

Conclui-se, assim, que a exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP, estabelece, em verdade, que a competência do juízo da execução penal não está adstrita ao julgamento dos benefícios da execução – questões jurisdicionais – mas possui alcance para interditar as casas prisionais – questão administrativa – desde que obedecidas as normas administrativas aplicáveis localmente.

Não discrepa a doutrina de tal entendimento, como pode ser visto no magistério de Mirabete, o qual registra, no subcapítulo 3.26 denominado “Decisões Administrativas”, em seu comentário à LEP, a seguinte passagem: *Pode o juiz também interditar, no todo ou em parte, o estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da lei (art. 66, VIII). Se, por deficiências materiais, falta de segurança, inexistência de condições de insalubridade, etc., verificar o juiz a impossibilidade de se atender aos requisitos mínimos previstos para a execução penal, deve interditar o estabelecimento total ou parcialmente. Evidentemente, tal determinação somente se justifica na hipótese de graves irregularidades ou deficiências, que não possam ser sanadas por outros meios menos drásticos, já que a interdição, principalmente nos estabelecimentos penais de grande porte, provoca sérios problemas de acomodação da população carcerária. [...] Enquanto as decisões jurisdicionais do juiz da execução estão sujeitas ao recurso de agravo em execução, previsto no artigo 197 da LEP (item 8.4), as decisões administrativas estão submetidas aos recursos estabelecidos pela lei local. Mesmo as decisões administrativas do juiz devem ficar sujeitas ao reexame formal e material e a lei local deve estabelecer a competência e formalidades necessárias*

à nova apreciação do pronunciamento judicial no sentido de se respeitar o princípio da legalidade da execução penal. De acordo com a legislação federal, aliás, são recorríveis decisões administrativas nos casos de Registros Públicos (arts. 202 e 204 da Lei n. 6.015/73), etc. (MIRABETE, 2007, p. 186-187).

Portanto, em que pese a realidade da situação atual dos presídios, deve o juízo da execução penal observar, caso localmente existente, as normas regulamentares acerca das formalidades e procedimentos administrativos que visem à interdição de estabelecimentos prisionais.

4. ENFOQUE MACRO DO PROBLEMA PRISIONAL: ORIGENS SOCIOLÓGICAS E SITUAÇÃO ATUAL

O problema de fundo da questão prisional concerne, em verdade, à notória incapacidade do Estado em gerir de modo adequado a execução penal. As razões sociológicas são inúmeras para tentar explicar os motivos pelos quais dificilmente políticas de execução penal pautam de modo prioritário as agendas dos governos. A origem do problema, contudo, não se encontra somente em motins, rebeliões e violações sistemáticas de direitos humanos; ela remonta à própria noção de estrutura da sociedade, seus fins e métodos de controle social.

Franz Jerusalem, professor da Universidade de Jena/Alemanha, ao considerar o “espírito coletivo” (*Kollektivgeist*) como sendo a vida espiritual em conjunta dos homens, iniciava o debate em torno do desafio do ser e viver em comunidades e coletividades¹². Weber (2005, p. 25-58) criticava o enfoque dado ao “espírito do povo” (*Volksgeist*), considerando-o produto de inúmeras variáveis culturais e não o fundamento real de todos os fenômenos culturais de um povo, de modo que não haveria uma vontade própria de se reunir em coletividade senão por meio de uma coalizão de grandes diferenças. Em contrapartida, Durkheim considerava a “consciência coletiva” ao partir do princípio segundo o qual o homem seria apenas um animal selvagem que só se tornou humano pelo fato de que se tornou sociável, ou seja, foi capaz de aprender hábitos e costumes característicos de seu grupo social para poder conviver no meio deste. A “consciência coletiva” seria para ele o [...] conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade, formando um sistema determinado com vida própria (DURKHEIM, 2004, p. 342) . Malatesta registra que [...] a sociedade não é mais que uma grande maioria: ela é constituída pela maioria dos conviventes que se unem solidariamente para alcançar o bem comum; dessa maioria que constitui a sociedade, [...] admitindo-se que o vínculo unificador da sociedade humana seja a solidariedade no bem, o escopo supremo e imediato, não é e não pode ser senão o próprio bem dos homens que se uniram em solidariedade moral, o bem comum dos homens solidários que compõem a sociedade propriamente dita. Os outros, os anti-solidários, [...] estão fora da sociedade propriamente dita, a qual não é constituída por eles, mas ao contrário, defende-se deles ao não possuir como finalidade imediata o seu bem. (MALATESTA, 2003, p. 128).

O problema social da marginalização dos apenados progrediu para uma especialização da sociedade em confinar aquela minoria contra a qual buscava se defender justamente por não identificar seus valores anti-solidários no “espírito coletivo”, no “espírito do povo” ou na “consciência coletiva”.

Entre as vozes que se insurgem contra esse mecanismo, estava a de Foucault, o qual pugnava por uma reforma desse sistema punitivo de confinamento para [...] *fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade* (FOUCAULT, 2007, p. 70).

Inegável, todavia, submeter o controle social dos homens à tutela oficial do Estado, por meio do aprimoramento do Estado de Direito, definido pelas inter-relações de neutralidade, uniformidade e previsibilidade, sustentáculos de aplicação do poder governamental, que surge com a produção normativa e impessoal do legislador e com a aplicação dessas no caso concreto pelo seu administrador oficial – o juiz¹³. Nesse diapasão, Habermas (1997, p. 171) ressalta que [...] *o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direitos necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados*.

Introduzido historicamente o problema em suas raízes sociológicas, mister analisar o resultado na questão prisional atual.

Não se pode ignorar a grave situação enfrentada pelas casas prisionais em todo o país. O Brasil possui atualmente uma população carcerária de 422.590 presos, conforme dados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária, levantados em 2007 pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça 14. Por outro lado, embora o número impressione, o problema não está adstrito apenas a países de economia emergente como o nosso: os Estados Unidos da América são frequentemente questionados perante organizações ligadas à proteção dos Direitos Humanos acerca do tópico *overincarceration* (superpopulação carcerária); a ONG *Human Rights Watch* estimou que a população de presos em solo norte-americano já seria a maior do mundo, com cerca de 2 milhões de encarcerados em 1999. 15. O Departamento de Justiça norte-americano, mediante seu escritório de estatística legal, revela que o número de prisioneiros em dezembro de 2006 alcançou a população de 2.258.983 presos 16.

O problema, portanto, é macro, sistêmico, mundial e complexo. Para um problema de tamanha grandeza, são necessárias soluções igualmente complexas e adotadas com suporte de um número maior de pessoas e instituições. Caso o sistema em si esteja errado, será, pois, necessário revê-lo.

O planejamento estratégico proposto pelo Conselho Nacional de Justiça em 2007, por exemplo, visa estruturar o Sistema Integrado da População Carcerária na esfera de atuação do Poder Judiciário. A edição da Resolução nº 33/CNJ, a qual dispõe sobre a criação do mencionado sistema, é motivada principalmente pela necessidade de conferir efetividade aos direitos da população carcerária, pelo fomento de uma tramitação célere dos processos de execução penal e pela democratização do acesso às informações jurídicas dos condenados. O sistema visa obter uma visão ampla da situação dos apenados nacionais, orientando a tomada de ações concretas no âmbito do Poder Judiciário, além de facilitar a vigilância dos direitos dos presos, a reeducação, a inserção no mercado de trabalho, a diminuição da reincidência criminal, além da prática de ações proativas contra a criminalidade interestadual. O sistema possibilita um tratamento individual – e não apenas coletivo – dos presidiários, propiciando melhor adequação.

Na esteira do aperfeiçoamento do referido sistema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 47/CNJ, a qual versa sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal e permite que, desse modo, sejam colhidos os dados relevantes da população carcerária e da observância dos direitos dos presos assegurados na CF/88 e na LEP (CNJ, 2007, it. 12, p. 105-106).

Contudo, não é de competência isolada do Poder Judiciário a definição das políticas públicas relativas à administração penitenciária, não podendo, ainda, imiscuir-se nos assuntos pertinentes ao Poder Executivo, sob pena de violar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88). A questão é fundamentalmente de eleição de prioridades governamentais de competência do Poder Executivo, cuja efetivação possui seus mecanismos próprios no atual regime democrático. Qualquer invasão dessa competência poderia criar situação de conflito que eventualmente poderá redundar em usurpação dos critérios de oportunidade e conveniência privativos da Administração. É ela que detém o planejamento de curto, médio e longo prazo, na busca da melhor acomodação dos presos, não se mostrando razoável desconsiderá-los mediante tomada de medidas graves e de enorme repercussão no sistema como um todo, como ocorre no caso de uma interdição prisional.

O Estado, portanto, possui limitações em seu campo de atuação. Esse limite de atuação do Estado foi conceituado na cláusula, advinda da jurisprudência constitucional alemã, da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*)¹⁷. Essa doutrina foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião dos julgamentos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF¹⁸, de relatoria do Min. Celso de Mello, que advertiu que [...] a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-

jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Assim, na presente questão prisional, em face da inércia do Estado, há verdadeiro conflito de princípios constitucionais, isto é, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade *versus* os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes. Esse conflito é evidenciado pelo permanente e disseminado problema da acomodação dos presos no Brasil e da necessidade de se buscarem meios racionais para melhorar tal situação, sob pena de tornar o art. 85 da LEP19 letra morta na determinação de os estabelecimentos penais apresentarem lotação compatível com suas estruturas e finalidades.

Essa compatibilidade de lotação dos presídios estaduais foi igualmente prevista nas normas sobre presídios federais. Com a novel regulamentação da transferência e da inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, consubstanciada na Lei nº 11671/2008 20, ressaltou-se, no art. 11 e parágrafos, que a lotação máxima do estabelecimento não será ultrapassada, além do que o número de presos será, na medida do possível, mantido abaixo do limite de vagas, para disposições em casos emergenciais. Questiona-se o que será feito quando tal limite invariavelmente for superado; aliás, o que dirão os tribunais, quando julgarem os conflitos de competência entre os juízos de execução penal estaduais e federais (art. 9º do referido diploma), acerca da vedação estabelecida no mencionado dispositivo?

5. CONCLUSÕES

Definida a natureza do ato de interdição dos estabelecimentos prisionais como ato administrativo típico, ou seja, sujeito ao controle hierárquico da administração judiciária, seus critérios de conveniência e oportunidade, tem-se que, conforme visto, a situação de precariedade e de lotação prisional no Brasil não está adstrita a um ou outro estado da federação. O problema, aliás, não é circunscrito ao nosso país, tomando, inclusive, a pauta de nações muito mais economicamente desenvolvidas. Compreende-se a difícil situação enfrentada pelos executores das medidas de internação e encarceramento, bem como daqueles responsáveis pela fiscalização do cumprimento das penas, de tal modo que não se exige muito esforço para prever que cada caso de interdição decretada pelo Poder Judiciário, em verdade, busca conter uma explosão de uma caldeira de conflitos sob pressão constante e diária, tanto de dentro (entre os próprios apenados), como de fora (crescente criminalidade e poucos recursos do Estado para construir mais prisões).

Para identificar e mapear melhor o problema brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça, em seu papel planejador, instituiu a Comissão Temporária de Acompanhamento do Sistema Prisional para analisar situação dos presídios e execuções de pena em todo o território nacional, por meio de decisão tomada por seu Plenário em 13 de maio de 2008 21.

A idéia lançada é a de trabalhar as políticas públicas do sistema prisional em três vertentes mais sensíveis, a saber: situação dos presos provisórios, o uso de penas alternativas e as alterações institucionais e legislativas na execução penal. Com a formalização das subcomissões temáticas, o trabalho a ser desenvolvido contará com participação de instituições e autoridades externas ao Conselho, constituindo o marco inicial do compromisso do Poder Judiciário com a melhora da situação carcerária.

NOTAS

1 Entre os diversos tipos de procedimentos que podem ser instaurados no âmbito da competência fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça sobre os tribunais brasileiros, o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) tem o escopo de controlar os atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, de ofício ou mediante provocação, sempre que forem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da CF/88, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência administrativa (art. 95 do Regimento Interno do CNJ).

2 *PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS – NATUREZA JURÍDICA – COMPETÊNCIA – ENFOQUE MACRO DO PROBLEMA PRISIONAL – IMPROVIMENTO I. A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional, não sendo desafiável por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), consoante entendimento do STJ (MC n. 5220/MG e RMS n. 4059/RS). Analogia com a natureza jurídica da decisão que transfere presos, igualmente consubstanciadora de ato administrativo (STF: HC n. 64347/SP e HC n. 67221/PR; STJ: CC n. 40326/RJ). II. Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal, desde que observadas as formalidades e procedimentos, caso regulamentados, do Tribunal de origem. Exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP. III. O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo, por meio dos canais competentes, sob pena de usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de Administração Penitenciária, ocasionando violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88) e à cláusula da reserva do possível (APDF nº 45). IV. Procedimento de controle administrativo a que se nega provimento. (Procedimento de Controle Administrativo n. 200810000002397, Relator Conselheiro Jorge Maurique, julgado na 60ª Sessão Ordinária de 09.04.2008).*

3 CARNELUTTI (1999, p. 78), Aplicando a teoria geral do processo civil ao processo penal, vide Mirabete (2007, p. 25).

4 Mister ressaltar que essa sistematização contou com a colaboração do magistrado do TJSP e atual Conselheiro Nacional de Justiça, Desembargador Rui Stoco, entre outros magistrados mencionados pelo Des. Milton Evaristo dos Santos, então Corregedor-geral da Justiça paulista.

5 *MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. VEROSSIMILHANÇA DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO. 1. (omissis). 2. Merece ser deferido o efeito suspensivo ao recurso ordinário em mandado de segurança quando se mostra plausível o fundamento do pedido (o descabimento do agravo previsto no art. 197 da Lei nº 7.210/84 para atacar a decisão de interdição de estabelecimento penal, prevista no art. 66, VIII, da mesma lei, e o conseqüente viabilidade da utilização do mandado de segurança na hipótese) bem como presente o risco de dano irreparável, diante dos sérios problemas de acomodação da população carcerária decorrentes da interdição de estabelecimento prisional. 3.*

Medida cautelar procedente para que se confira efeito suspensivo ao recurso ordinário em mandado de segurança interposto perante o Tribunal de origem, mantidos os efeitos da liminar. (MC n. 5220/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 16/12/2003, DJ de 02.02.2004, p. 269).

6 Não fosse assim, a mencionada medida cautelar interposta perante o STJ teria sido distribuída e julgada por alguma das Turmas componentes da 3ª Seção – a qual é competente para julgamento de causas que envolvam matérias de Direito Penal (5ª ou 6ª Turmas – art. 9º, § 3º, I, do RISTJ) – o que de fato não ocorreu, pois foi apreciada pela 1ª Turma, componente da 1ª Seção, a qual cabe processar e julgar os feitos relativos, entre outros, a nulidade ou anulabilidade de atos administrativos (art. 9º, § 1º, II, do RISTJ).

7 *RMS - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ao mandado de segurança aplicam-se, subsidiariamente, os dispositivos do Código de Processo Civil. Assim, para fixar o prazo de embargos de declaração. Persiste a conclusão quando, na ação de segurança, é impugnada a legalidade de decisão de juiz de Direito que interdita o estabelecimento prisional. A relação jurídica debatida não é de matéria penal. Não incidem as normas do Código de Processo Penal. (RMS n. 4059/RS, Min. LUIZ Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, julgado em 18/04/1995, DJ de 19.06.1995, p. 18749).*

8 *MANDADO DE SEGURANÇA – INTERDIÇÃO DE PRESÍDIO – ATO QUE INVOCA O ART. 300 DAS NSCGJ/MS, MAS QUE O JUSTIFICA EM FUNÇÃO DE SITUAÇÃO DE FATO PREVISTA NO ART. 294 DO MESMO REGULAMENTO – INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE LEGAL – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO SUSCITADO NA SESSÃO – PRELIMINAR REJEITADA – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE CONFIGURADA – ORDEM CONCEDIDA – Afasta-se a preliminar de ausência de direito líquido e certo do impetrante se o fato aponta para a existência de tal direito. Se as alegações para a interdição de presídio foram aquelas previstas no art. 294 das NSCGJ, não se pode determinar tal ato sem a observância do procedimento administrativo ali previsto. (TJMS: MS n. 2004.007721-1/0000-00, Des. João Carlos Brandes Garcia, j. em 18.04.2005).*

9 *MANDADO DE SEGURANÇA – INTERDIÇÃO PARCIAL DE PRESÍDIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL – Tratando-se de medida administrativa da autoridade judicial que nenhuma providência impôs ao estado-administração e que não demanda procedimento especial, não há que se falar em direito de defesa do impetrante. Sendo a interdição medida extrema, somente aceitável quando inviável o pronto e eficaz equacionamento das irregularidades, mostra-se abusiva quando perfeitamente solucionáveis as lacunas evidenciadas pela falta de segurança, tendo o estado o direito de repará-las, sem ver-se privado de parte do estabelecimento prisional. Não demonstrada à sociedade a insubsistência ou abusividade da decisão impeditiva de novas transferências de apenados, não cabe conceder-se a ordem, neste ponto. Ordem parcialmente concedida, para manter-se apenas a transferência de novos presos, salvo autorização expressa do juiz local. (RJTJERGS 216/91).*

10 *HC n. 64347/SP, Min. Carlos Madeira, DJ de 28/11/1986, p. 23461; HC n. 67221/PR, Min. Celio Borja, DJ de 05/05/1989, p. 7161.*

11 *CC n. 40326/RJ, Min. Paulo Gallotti, DJ de 30/03/2005, p. 131.*

12 *Tradução livre do texto original:* Kollektivgeist im weitesten Sinne ist das gesamte geistige Leben des Menschen (Jerusalem, 1925, p. 220).

13 *Tradução livre do texto original:* [...] the rule of law is defined by the interrelated notions of neutrality, uniformity and predictability. Governmental power must be exercised within the constraints of rules that apply to ample categories of persons and acts, and these rules, whatever they may be, must be uniformly applied. [...] As long as the lawmaker must manifest his will through general rules, he is stopped from directly punishing or favoring particular individuals and therefore from bringing them under his immediate personal control. The administrator [...] deals with individuals but only within the constraints laid down by rules he did not make. [...] there must be some other person with final authority to determine what the laws mean, and to do so by a method different [...]. This official is the judge (UNGER, 1976, p. 176-177).

14 Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 02/04/2008.

15 Human Rights Watch Report 2001. Disponível em: <www.hrw.org/wr2k1/usa>. Acesso em: 2/4/2008.

16 Summary findings: Prison Statistics: Bureau of Justice Statistics. Disponível em: <<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/prisons.htm>>. Acesso em: 02/04/2008.

17 O Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) elaborou a referida doutrina por ocasião da análise da constitucionalidade das normas administrativas que limitavam o ingresso no curso de medicina da Universidade de Hamburgo (BverGE 33/333).

18 Cujos fundamentos foram posteriormente renovados no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP.

19 O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

20 Publicada no DOU de 9/5/2008.

21 Vide Portarias ns. 326 e 326, da Presidência do Conselho Nacional de Justiça.