Keese e Siebner: Numerus clausus no sistema carcerário e o STF

É inegável que as prisões brasileiras enfrentam um cenário deplorável de violação generalizada de direitos fundamentais. Tanto por isso, o Supremo Tribunal Federal, diante da *inércia* das autoridades públicas e da necessidade da atuação de uma *pluralidade de agentes* para superar esse quadro, reconheceu o *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional (ADPF 347).

Para além da mencionada ADPF, afrontas a direitos humanos dos presos têm sido objeto de diversas decisões recentes do STF [1]. Embora nunca tenha deixado de reconhecer ilegalidades estruturais oriundas da superpopulação carcerária, fato é que o Supremo tem encontrado dificuldades em buscar soluções efetivas ao tema — que se apresenta como uma constante no Brasil.

Dal Santo explica que, ao menos desde o final de década de 1980, as prisões já apresentavam altos índices de ocupação (*v.g.*, em 1988, a taxa ocupacional média era de 203,1%) e, a partir dos anos 2000, iniciou-se um cenário de *"estabilidade em relação ao nível de ocupação do sistema prisional brasileiro, próximo a 170% (…). De modo geral, não obstante a população carcerária tenha aumentado de 232.800 presos, em 2000, para 622.000, em 2014, a taxa de ocupação dos presídios se manteve muito próxima, variando de 171,5% a 167,3% no mesmo período"* [2]. Em anos mais recentes, o *déficit* de vagas permaneceu extremamente alto [3].

Mais que um problema perene, a superlotação prisional pode ser considerada, conforme explicou o ministro Marco Aurélio Mello na ADPF 347/MC, *a origem de todos os males* do sistema penitenciário brasileiro [4] — visão compartilhada por outros ministros do STF.

No RE 580.252/MS, o ministro Barroso assentou que seria *necessário* priorizar soluções que *atuem diretamente sobre as causas do problema prisional*, dentre as quais a *superlotação* seria *o problema mais imediato a ser enfrentado* [5]. Durante o mesmo julgamento, os ministros Fux e Cármen Lúcia propiciaram um diálogo no qual, enquanto o primeiro assegurava que a exposição do ministro Gilmar Mendes (redator para o acórdão) *comprova que o problema não é o tratamento degradante, o problema é a superlotação*, a ministra Cármen Lúcia complementou, afirmando que esse problema (superlotação) é o que gera justamente *a degradação das condições (das prisões)* [6].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É nesse contexto que o princípio do *numerus clausus* surge como uma política criminal socialmente adequada e necessária para promover a redução do encarceramento no Brasil, além de juridicamente embasada.

A ideia, importada da França [7], é que nenhum estabelecimento prisional possa receber uma pessoa além de seu limite físico [8] — ou, conforme Roig, a *"cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução"* [9].

Entre as diversas formas de implementação, Roig indica possibilidades de concretizar o *numerus clausus* : 1) preventivo, com a *"vedação de novos ingressos no sistema, com a consequente transformação do encarceramento em prisão domiciliar"*; 2) direto, visando *"indulto ou prisão domiciliar àqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade"*, sendo possível *"a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, por analogia ao disposto no artigo 180 da LEP"*; e 3) progressivo, com um *"sistema de transferências em cascata (em cadeia), com a ida de um preso do regime fechado para o semiaberto, de outro do regime semiaberto para o aberto (ou prisão domiciliar) e, por fim, de alguém que esteja em uma dessas modalidades para o livramento condicional (uma espécie de 'livramento condicional especial')"* [10].

Ainda que sem a nomenclatura de *numerus clausus*, vários países já se atentaram ao princípio de não encarcerar em caso de falta de vaga, a exemplo da Holanda, Noruega e Suécia, que *"experimentaram a formação de uma espécie de lista de espera e o escalonamento do ingresso nos estabelecimentos penais, sempre que inexistirem vagas suficientes para abrigar os condenados"* [11]. Estados Unidos, Alemanha e Itália, por sua vez, tiveram que lidar judicialmente com situações degradantes do sistema penitenciário e, consequentemente, modificar algumas de suas políticas carcerárias [12].

No Brasil, embora já existam fundamentos legais para a aplicação do *numerus clausus* [13], há iniciativas legislativas buscando concretizá-lo, a exemplo do PL n 9.054/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados, que prevê, *"em caso de ausência de vagas em estabelecimento (penal), a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos até a disponibilidade de vagas"*, priorizando-se *" condenados por crime praticado sem violência ou grave ameaça, exceto crime hediondo ou equiparado,* e *com menor tempo restante de cumprimento de pena"* [14].

Ademais, o CNJ, pelo programa *"Justiça Presente"*, elaborou relatório no qual, como resposta ao cenário carcerário, propôs a implementação do *"princípio da capacidade prisional taxativa"*, o que seria a versão brasileira do *numerus clausus* [15]. Além disso, houve um projeto piloto no Paraná que buscou concretizar o princípio da *capacidade ocupacional taxativa*, no qual, segundo Coelho, *"após 60 dias de sua implementação, as Varas que eram responsáveis pelos processos de 2.465 presos provisórios conseguiram reduzir este número para 2.006 encarcerados em delegacias, o que representa uma queda de 182% para 152% na superlotação"* [16].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Mais que isso, verifica-se que o *numerus clausus* já está no radar do STF ao menos desde 2015, no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347. Naquela ocasião, o ministro Lewandowski consignou que *"existe, na doutrina e na criminologia moderna, hoje, uma noção de que os juízes, ao determinarem a prisão, devem observar o que se chamou de numerus clausus. (…) Mas é um conceito que está sendo maturado pela doutrina que se debruça sobre essas questões importantes"* [17]. A ministra Rosa Weber, então, respondeu que o tema merecia *"uma reflexão conjunta e um debate"* [18], a indicar que o princípio do *numerus clausus* deveria ser pensado com seriedade e urgência.

Em outras decisões, o STF propôs alternativas à superlotação prisional semelhantes ao *numerus clausus*, ainda que sem citar expressamente esse princípio. Enquanto a Súmula Vinculante 56 e o RE 641.320/RS preveem alternativas ao *déficit* de vagas, *v.g.* saída antecipada, liberdade com monitoração eletrônica ou prisão domiciliar, substituição por penas restritivas de direito e/ou estudo; o ministro Barroso, no RE 580.252/MS, propôs uma *fila de saída* para o sistema prisional, o que levaria em consideração critérios objetivos para permitir a concessão de prisão domiciliar ou antecipação ao regime aberto [19].

Porém, é necessário ir além de tais propostas e resultados, assumindo e adotando expressamente o princípio do *numerus clausus*, de modo a proibir, peremptoriamente, a colocação de pessoa em estabelecimento prisional acima de sua capacidade. Em que pese o fato de importantes decisões terem sido tomadas pelo STF, a superlotação carcerária aparenta não conseguir ser solucionada somente por medidas que *"atenuam"* a ilegalidade decorrente dessa situação. Afinal, trata-se de um problema estrutural das prisões brasileiras e que, consequentemente, caminha inseparavelmente com a história do cárcere no país [20].

No paradigmático julgamento *Brown v. Plata* (2011), a Suprema Corte dos EUA determinou que o estado da Califórnia reduzisse sua população prisional para 137,5% da capacidade em dois anos a partir de um plano a ser submetido à Justiça, considerando que, na década anterior ao julgamento, tal percentual girava em torno de 200%. Como resultado, dados de 12/5/2021 informam que a taxa ocupacional da Califórnia está em 108% [21], saltando aos olhos o resultado desencarcerador positivo alcançado, sendo notável, ainda, a sua importância no cenário internacional.

No Brasil, diversas vezes os ministros do STF mencionaram esse julgamento como paradigma [22], apesar do Supremo nunca ter efetivamente vedado, de forma categórica, o excesso populacional nas prisões. Veja-se, por exemplo, que, ao editar a Súmula Vinculante 56, determinou-se somente que a pena deveria ser cumprida em *"em estabelecimento adequado"*, o que, em tese, deveria impedir o cumprimento de pena em local superlotado. Contudo, após a edição da súmula (2016), as prisões brasileiras continuaram excedendo a capacidade ocupacional e desprezando inúmeros direitos fundamentais das pessoas nelas custodiadas.

Cumpre, pois, retomar os ensinamentos de Roig, no sentido de que, sendo juridicamente fundamentado, é necessário *coragem* e *vontade política* para a implementação do princípio do *numerus clausus*, materializando *"o princípio da dignidade humana como barreira concreta de anteparo à superlotação carcerária"* [23].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Enfim, tendo sido iniciado o julgamento do mérito da ADPF 347 [24], é esse o desafio que se coloca ao STF: a partir da sua função de garante de direitos fundamentais, cabe ao Tribunal impor limites às violações massivas a direitos fundamentais e demais ilegalidades às quais as pessoas presas estão historicamente submetidas, de modo a assegurar condições de mínima legalidade ao cumprimento da pena no país.

[1] A ADI 5170/DF trata da indenização por dano moral em razão de prisão em condições sub-humanas; o RE 580.252/MT reputou que é *dever do Estado* ressarcir danos causados a detentos *em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento*; o RE 592.581/RS permitiu ao Judiciário *impor obrigação de fazer* na execução de obras em prisões; o RE 841526/RS tratou sobre indenização por morte de detento em caso de inobservância do dever de proteção do Estado (artigo 5º, XLIX, CF); e o RE 641.320/RS deu origem à Súmula Vinculante 56 *(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*).

[2] DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre o giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 151, 2019. pp. 301-302.

[3] Em 2015, a taxa ocupacional era de 188,20%; em 2016, de 161,59%; em 2017, de 168,01%; em 2018, de 163,62%; em 2019, de 170,74%. DEPEN. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZ . Acesso em: 06/06/2021.

[4] O ministro Marco Aurélio Mello se referiu ao Relatório Final da CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário, em 2009 (Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. — Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 247. Disponível em: https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf. Acesso em: 31/05/2021).

[5] RE 580.252/MS, Rel. ministro Alexandre de Moraes, j. 16/02/2017, p. 62.

[6] *Idem*,, p. 27.

[7] BONNEMAISON, Gilbert. **La modernisation du service public pénitentiaire: rapport au Premier Ministre et au Garde des Sceaux**.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Paris: Ministère de la Justice, 1989. pp. 24-31.

[8] BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** — Rio de Janeiro: Revan, 1990. pp. 130-132.

[9] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: numerus clausus. **Revista Liberdades.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 15, São Paulo, jan.-abr. 2014. p. 108. O autor ainda leciona que há duas premissas à aplicação e preservação do *numerus clausus*: trata-se de *"um princípio que preconiza a redução de população carcerária, não a criação de novas vagas"*; e deve-se vedar *"que a Administração Penitenciária se valha do poder de transferência entre estabelecimentos para, cumprindo momentaneamente uma decisão judicial, deslocar o problema da superlotação para outra unidade penal"*.

[10] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica** 2. ed. —São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 65-68.

[11] Idem, p. 109.

[12] *Brown v. Plata*, 131 S. Ct. 1910, 1924 (2011). Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf. Acesso em: 04/06/2021; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: numerus clausus. **Revista Liberdades.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 15, São Paulo, jan.-abr. 2014, p. 110. *apud*
Sentença 1 BvR 409/09, do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) da Alemanha; Idem, pp. 110/111.

[13] Arts. 85, parágrafo único, 66, inciso VI, e 185, da Lei de Execução Penal; e artigo 5º, III, XLIX, da CF.

[14] artigo 180-A, PL nº 9.054/2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836. Acesso em: 04/06/2021.

[15] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/justica-presente/referencias/. Acesso em: 04/06/2021. Consta do relatório final de gestão do CNJ que haveria o mapeamento de unidades da federação para implantação de projeto piloto previsto no primeiro semestre de 2020, porém ele foi adiado em razão da pandemia.

[16]

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

COELHO, Priscila. **Um preso por vaga: estratégias políticas e judiciais de contenção da superlotação carcerária**. Dissertação de Mestrado. FGV Direito SP, 2020, p. 98.

[17] ADPF 347 MC/DF, Rel. ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 111.

[18] Idem.

[19] RE 580.252/MS, Rel. ministro Alexandre de Moraes, Red. p/ Acórdão ministro Gilmar Mendes, j. 16/02/2017, p. 63. Ainda, parte da jurisprudência admite o regime semiaberto harmonizado (prisão domiciliar com monitoração eletrônica) quando não houver vaga em regime semiaberto.

[20] DAL SANTO, *op. cit*. p. 9.

[21] Disponível em: https://www.cdcr.ca.gov/3-judge-court-update/. Acesso em 04/06/2021.

[22] ADPF 347 MC/DF, Rel. ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, pp. 136, 176; RE 580.252/MS, Rel. ministro Alexandre de Moraes, j. 16/02/2017, Red. p/ Acórdão ministro Gilmar Mendes, pp. 59/60; RE 592.581/RS, Rel. ministro Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015, p. 53; RE 641.320/RS, Rel. ministro Gilmar Mendes, j. 11/05/2016, pp. 42/43.

[23] ROIG, *op. cit*. p. 118.

[24] O julgamento está suspenso após pedido de vista do ministro Barroso.

Date Created
11/06/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.