

NUMERUS CLAUSUS E EXECUÇÃO PENAL: UM PRINCÍPIO ESTRUTURANTE

NUMERUS CLAUSUS AND PENAL EXECUTION: A STRUCTURING PRINCIPLE

Luciene Kobbi de Carvalho

Bacharela em Direito pela UERJ. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0043837998867972>
ORCID: 0000-0002-0471-2529
lucienecarvalho.uerj@gmail.com

Patricia Mothé Glioche Béze

Doutora e mestre em Direito pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Professora Associada de Direito Penal pela UERJ. Professora Palestrante da EMERJ. Procuradora de Justiça do MP RJ.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/413920328697332>
ORCID: 0000-0002-4053-4934
patriciaglioche@gmail.com

Hamilton Gonçalves Ferraz

Doutor em Direito pela PUC Rio. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal (UFF – MDI). Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>
ORCID: 0000-0002-0471-2529
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Resumo: O artigo defende uma concepção de execução penal fundada desde suas bases no princípio *Numerus Clausus*, que propõe que o encarceramento seja limitado ao número de vagas disponível. Apresenta-se o princípio *Numerus Clausus*, delineando-se seus principais contornos dogmáticos e contextualizando-o aos tempos presentes, defendendo-se seu reconhecimento estrutural ao Direito de Execução Penal.

Palavras-chave: Execução penal - *Numerus Clausus* - Princípio estruturante.

Abstract: The paper stands for a conception of penal execution founded in its roots on the *Numerus Clausus* principle, which proposes incarceration must not exceed the number of available accommodations in any prison facility. The principle of *Numerus Clausus* is presented and its main dogmatic characteristics are delineated and put in context to present times, supporting its structural recognition on penal execution law.

Keywords: Penal execution - *Numerus Clausus* - Structuring principle.

1. Introdução

De todos os setores mais sensíveis e vulneráveis ao avanço da pandemia, é seguro dizer que foram os sistemas penitenciário e socioeducativo os mais expostos ao seu impacto, não apenas em razão de seus notórios e crônicos problemas de superlotação, carências estruturais, de pessoal e insalubridade, mas também e principalmente por serem espaços marcados pelo descaço público e pela discriminação com a condição e o estigma de preso ("bandido"/"menor infrator"), interditando-se assim, inclusive em nível cultural, qualquer possibilidade de realização de cidadania e reinserção social dessas pessoas (ou, no mínimo, tornando esse processo extremamente dificultoso).

Nesse sentido, justificado também a partir do notório impacto da Covid-19 nos sistemas penitenciário e socioeducativo brasileiros, o presente trabalho busca repensar o próprio Direito de Execução Penal e a política penitenciária (e seus respectivos subsistemas socioeducativos), à luz do princípio *Numerus Clausus*, que parte da premissa básica de que o Estado não pode encarcerar ou internar para além das vagas de que dispõe o sistema.

Assim, o trabalho apresenta o princípio *Numerus Clausus*, delineando seus principais contornos dogmáticos e contextualizando-o aos tempos presentes, defendendo-se seu reconhecimento estrutural ao Direito de Execução Penal.

2. As origens do *Numerus Clausus* e breves notas de Direito Comparado

A ideia nuclear do princípio *Numerus Clausus*, qual seja, "uma vaga, um preso", tem conhecida origem na França, na militância e nas propostas do deputado Bonnemaizon, a partir de 1989, adentrando

nos anos 2000, em assumido combate ao cenário de superlotação carcerária à época enfrentado por aquele país (ROIG, 2014). Inobstante não ter sido convertido em lei ou aplicado na prática da execução penal francesa, a ideia consistiu num fecundo exemplo para outros países.

Na Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, observou-se a prática de criação de listas de espera, em sintonia com um escalonamento de vagas dos estabelecimentos de cumprimento de pena, para o caso de inexistência de vagas suficientes a eventuais recém-condenados (ROIG, 2014, p. 108).

Também foram verificadas manifestações do princípio na Itália – país que, recentemente, no caso *Torregiani e outros v. Itália* (2013) foi condenado junto à Corte Europeia de Direitos Humanos pelas condições de precariedade e superlotação observadas em seu sistema penitenciário –, implicando obrigatório adiamento do cumprimento da pena detentiva, porventura não resguardadas as condições mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana dos condenados (ROIG, 2018, p. 579-583).

Na Alemanha, noticiou-se precedente do Tribunal Constitucional Federal, relativo a um julgado da Corte Federal de Justiça, que determinou a interrupção de cumprimento de pena de prisão com ofensa à dignidade da pessoa, caso evidenciadas propostas irrealizáveis de solução do problema (ROIG, 2014, p. 110).

Finalmente, nos EUA, no importante caso *Brown et. al. v. Plata* (2011), a Suprema Corte, com base na proibição constitucional de penas desproporcionais e cruéis (8ª emenda), referendou a decisão de uma corte distrital que determinou que o estado da Califórnia (notoriamente conhecido por seu excessivo rigor punitivo) fizesse

cessar as constantes violações cometidas contra a população carcerária em suas unidades prisionais, no que tange a cuidados médicos e de saúde mental, por meio da redução da lotação prisional (SIMON, 2014).

3. Contornos conceituais básicos e alcance

Rodrigo Roig define o *Numerus Clausus* como um

sistema organizacional por meio do qual 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 (ROIG, 2018, p. 48).

Como **Ana Carolina Cândido** assinala, trata-se de formulação com dupla finalidade, pois busca a redução do número de presos e a adoção de uma política criminal destinada a evitar a construção de novos presídios (CÂNDIDO, 2017, p. 27).

Além disso, **Roig** propõe a concretização do princípio em tela associado à vedação da Administração Penitenciária transitoriamente transferir presos entre unidades prisionais com o fim de mascarar sua obrigatoriedade (ROIG, 2018, p. 49).

O autor salienta a pertinência de sua aplicabilidade pelo juiz das execuções penais, que deveria, de início, fixar duas saídas para cada entrada de presos, com o fim precípuo de estabilizar o número de condenados em cada estabelecimento prisional (Idem, ibidem).

Feito isso, tal autoridade jurisdicional passaria a fixar o número máximo de presos de cada estabelecimento prisional, ano a ano, mediante o auxílio de uma comissão que poderia ser composta pela Defensoria Pública, Ministério Público, Conselho Penitenciário, dentre outros integrantes, submetendo à homologação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

O princípio *Numerus Clausus* pode assumir três feições: *preventiva*, *direta* e *progressiva*. Na primeira delas, denominada *preventiva*, enquanto não houver vaga, o sentenciado não entra no sistema de modo que, ou seria suspensa a execução da pena enquanto aguarda vaga, ou cumpriria sua pena em prisão domiciliar. Na segunda (*direta*), ocorreria o deferimento do indulto, da prisão domiciliar ou do livramento condicional, independentemente da sanção cominada na sentença condenatória. Por fim, segundo o sistema *progressivo*, a transferência ocorreria em cascatas, de modo que, entrando um preso no regime fechado, automaticamente, outro passaria para o semiaberto e, sucessivamente, outro para o aberto (OLIVEIRA, 2016).

O princípio do *Numerus Clausus* também não passa despercebido por autores estrangeiros consagrados, como **Luigi Ferrajoli**:

Há, além disso, uma medida, singular em aparência, que tornaria possível uma redução da superpopulação de nossas prisões: a previsão de uma sorte de *Numerus Clausus*, conforme o qual periodicamente – suponhamos que de ano em ano – os presos que estejam ainda cumprindo penas ou o restante de penas privativas de liberdade de menor duração deveriam ser destinados, no número que exceda a capacidade de nossas instituições carcerárias, a medidas alternativas à pena, como liberdade vigiada ou prisões domiciliares. Seria uma medida duplamente racional: uma espécie de indulto automático que poria fim ao tratamento desumano de todos os presos e serviria, ademais, para perdoar as privações de liberdade breves ou brevíssimas que, segundo resulta de todas as investigações criminológicas, não possuem nenhum sentido punitivo nem função preventiva. Porém, sobretudo, seria a única medida capaz de compatibilizar o tratamento carcerário com o princípio da dignidade das pessoas e com a proibição de tratamentos punitivos contrários ao sentido de humanidade estabelecidos pelos artigos 3º e 27 da Constituição (FERRAJOLI, 2014, p. 196).

Portanto, trata-se de uma proposição que busca combater a superlotação dos estabelecimentos prisionais, possibilitando o

cumprimento das Penas Privativas de Liberdade, em condições consentâneas com a proscricção de penas cruéis (o que coincide com os art. 5º, XLVII, “e”, CRFB/ art. 5.2, CADH), não ofensivas à dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

4. Numerus Clausus: um desconhecido da execução penal brasileira contemporânea?

4.1 O RE 641.320/RS e a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal (2016)

O enunciado 56 das Súmulas Vinculantes define que “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”.

Cuida-se da concretização do entendimento da Suprema Corte sobre a “questão penitenciária”, oriundo do RExt citado, decidido sob o rito de julgado representativo de controvérsia e sob repercussão geral. Ele teve como objeto a péssima gestão dos estabelecimentos prisionais brasileiros, em especial no tocante à prática disseminada de manutenção de condenados em regime penitenciário mais gravoso (v.g. fechado), em prejuízo do regime concretamente imposto na sentença condenatória (v.g. semiaberto), sob a justificativa pragmática e utilitária da falta de vagas no sistema.

Diante desse quadro, a Corte conferiu aos juízes de execução penal diversas atribuições no sentido de reduzir a superpopulação carcerária e adequar o cumprimento de pena privativa de liberdade em condições aviltantes à dignidade da pessoa humana, dentre elas, a saída antecipada do sentenciado ou imposição de prisão domiciliar, sob monitoração eletrônica, se porventura fosse verificada falta de vagas – o que se compraz com o princípio do *Numerus Clausus* –, bem assim a imposição de pena restritiva de direito e/ou estudo ao sentenciado que progredisse ao regime aberto.

Noutro giro, a decisão também contemplou mandamento de concretização de políticas públicas pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Administração Penitenciária.

4.2. O Habeas Corpus Coletivo 143.988/ES, STF, 2ª Turma (2019)

Esse importante julgado deu aplicabilidade ao *Numerus Clausus* no âmbito do sistema socioeducativo, inicialmente restringindo-se ao Espírito Santo e, posteriormente, por decisão do Relator, abarcando também os sistemas dos Estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, além de se tornar paradigma para toda a Justiça Juvenil do país.

Em Agravo Regimental no HC 143.988, diante do quadro de superlotação verificado no estabelecimento Uninorte (Unidade de Internação Regional Norte), localizado em Linhares, o Relator, Min. Edson Fachin, em sede liminar, decidiu pela limitação do número de socioeducandos no patamar máximo de lotação de 119% (correspondente à lotação média nacional dos estabelecimentos em comparação ao número de vagas disponíveis).

Atualmente, com a lavra do voto do Min. Fachin, mantendo sua decisão liminar (inclusive, limitando ainda mais a lotação para a capacidade do estabelecimento), acompanhado dos votos dos demais Ministros da Turma, é possível firmar que, ao menos na 2ª Turma, o princípio *Numerus Clausus* foi reconhecido e implementado na Justiça Juvenil, sendo esta uma decisão paradigmática para se espalhar em todo o território nacional.

5. Numerus Clausus: um pilar fundamental da execução penal

Ao Direito de Execução Penal, na visão amplamente majoritária e predominante no Brasil, atribui-se o objetivo de “fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria” (MARCÃO, 2019, p. 29), sendo um ramo do Direito definido como “a fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal” (NUCCI, 2018, p. 16).

Nos termos em que é posto, o Direito de Execução Penal acaba não sendo mais do que um mero desdobramento jurídico-normativo de demandas (políticas) de criminalização, retoricamente limitado pelo viés de ressocialização, a que se deve simplesmente fazer cumprir, sem maiores reflexões ou questionamentos.

Ocorre que a eficácia irradiante dos Direitos Humanos e fundamentais, a partir da Constituição e dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, passa a exigir da execução penal que ela seja desde suas bases, nos termos cunhados por **Oliveira**, "humanitariamente exequível" (2019, p. 576). Em que pese o autor referir-se ao encarceramento, é possível projetar esta ideia para a própria execução penal como um todo, tendo em vista a centralidade daquele para esta. Assim pensam autores contemporâneos como **Roig**,¹ **Giamberardino** e **Pavarini**,² **Valois**³ e **Couto de Brito**; este último, em lição que sintetiza as demais, afirma:

(...)Todos os institutos ligados à Execução Penal devem ter como finalidade *diminuir os efeitos ou evitar as consequências danosas do cárcere*, o que significa, no mínimo, adotar dois pressupostos essenciais: 1) assegurar a máxima efetivação dos direitos humanos e 2) formular e aplicar institutos sempre voltados a diminuir a permanência do condenado na prisão. Nos moldes de uma execução construtivista da pena, deve-se procurar restabelecer as relações interpessoais entre os envolvidos (condenados, funcionários, técnicos, cidadãos livres) ainda que na condução desta finalidade se possa abrir mão de métodos rigorosos de "tratamento" (BRITO, 2016, p. 59).

Desse modo, não é mais aceitável (como, de fato, nunca foi) responder à crise (crônica e congênita) de efetividade constitucional e convencional no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo, traduzida na superlotação desses sistemas, com afirmações de senso comum – equivocadas – do tipo "prende-se porque se deve prender, e se prende muito porque há muitos crimes";⁴ ou lógicas binárias do tipo "ou se soltam presos ou se constroem mais presídios" ("*release inmates or build prisons*").⁵

E tanto é assim que a Corte IDH, na medida provisional emitida no Caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, reconheceu que a situação de violação ao art. 5.2, CADH, que trata da vedação de penas cruéis e degradantes, tortura, maus tratos, simplesmente não podia aguardar a promessa de construção de novos estabelecimentos penitenciários por parte do Estado brasileiro (parágrafo 115), devendo o Estado se responsabilizar por simplesmente não admitir mais presos para além da capacidade ofertada (CORTE IDH, 2017, p. 22). Recentemente, no RHC 136.961/RJ, a 5ª Turma do STJ, inclusive, assegurou efetividade à determinação da Corte, decidindo pelo cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena naquele estabelecimento, por ser pena degradante e desumana.

6. Considerações finais

É urgente desconstruirmos o mito de uma execução penal (em sentido amplo, abarcando-se penas e medidas, presos e internos) pensada e praticada com vistas a uma idealizada sociedade de "delinquência zero", irrealizável, inviável e extremamente questionável não apenas desde o plano jurídico, mas, sobretudo, desde o plano moral e ético. Assim, a execução penal deve ser, primeiro, estruturada em função da garantia dos direitos dos presos e, em segundo lugar, em função das limitações operacionais e normativas do sistema penitenciário e socioeducativo.

Reconhecer e viabilizar ao preso, adulto ou adolescente, o direito de cumprir sua pena ou medida em estabelecimento minimamente adequado (ou seja, no mínimo, sem superlotação), porque isso é cumprir a LEP, o ECA, a Lei do SINASE, a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos não deveria ser tabu, motivo de chacota ou menosprezo por parte dos operadores do sistema de justiça criminal. Antes, deveria ser o elemento basilar de qualquer política penitenciária racional – e, portanto, de um Direito de Execução Penal alinhado a esses parâmetros normativos, deontologicamente firme e empiricamente sensível à realidade punitiva subjacente.

Notas

¹ Orienta Rodrigo Roig: "Surge daí a tese central da teoria redutora de danos na execução penal, aqui defendida: a existência de um autêntico dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas, sejam elas condenadas ou não" (2018, p. 28).

² Em citação: "Desde o prisma normativo, o tratamento penitenciário é regido pelo princípio da legalidade e inspirado por princípios de humanidade e respeito à dignidade humana. Não há outra compreensão legítima possível do "tratamento" senão aquela que o defina como *limite legal ao poder exercido pela autoridade administrativa sobre os presos* em seu cotidiano (grifo dos autores). Logo, as normas sobre o tratamento penitenciário assinalam *direitos* por parte de quem está, naquele período, privado legalmente de sua liberdade de locomoção" (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 221).

³ Na percepção de Valois: "A tendência em considerar a execução penal como um mero processo esconde o ser humano que está por trás, como objeto, mas que devia ser sujeito desse procedimento. O processo de execução penal é meio, e não fim, e deve servir para a garantia dos direitos inerentes à vida carcerária" (VALOIS, 2012, p. 113).

⁴ Afirmações de senso comum que, como se sabe, não possuem qualquer esteio na realidade, já que não existe relação de causalidade entre "criminalidade" (infrações penais registradas) x encarceramento, nem mesmo entre este e as infrações mais graves, como suficientemente demonstrado em Stemen (2017). Ratificando esta constatação, desde o Brasil, Carvalho (2010, p. 46).

⁵ Slogan adotado por republicanos da Flórida nos anos 80 no âmbito de debates e propostas para o superencarceramento que viveu aquele estado americano durante o período (SCHOENFELD, 2018, p. 219).

Referências

BRITO, Alexis Couto de. Fundamentos e limites da execução penal no Estado Democrático de Direito. *Delictae*, v. 1, n.1, p. 50-95, jul./dez. 2016.

CÂNDIDO, Ana Carolina D'Avanzo de Oliveira. *Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade da mulher encarcerada*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas de Ourinhos, Ourinhos, 2017.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

LYRA, Roberto. Justificação do anteprojeto de código das execuções. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 3-54, jul./set. 1963.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Antonio Carlos Moni de. Progressão de Regime Per Saltum e falta de vagas: qual ilegalidade é mais ilegal? *Revista dos Tribunais*, v. 963, p. 309-321, jan. 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Existe um direito fundamental à ressocialização? In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDEN, Luciano; RUTTKE, Alberto. *Garantias penais:*

estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 549-576.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Curso de penologia e execução penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 15, p. 104-120, jan./abr. 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHOENFELD, Heather. *Building the prison state: race & the politics of mass incarceration*. Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 2018.

SIMON, Jonathan. *Mass Incarceration on Trial: a remarkable court decision and the future of prisons in America*. New York: The New Press, 2014.

STEMEN, Don. The Prison Paradox: More Incarceration Will Not Make Us Safer. Nova Iorque: *Vera Evidence Brief*, jul. 2017. Disponível em: https://www.vera.org/downloads/publications/for-the-record-prison-paradox_02.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.