

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CARINA HAUS

**A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO *NUMERUS CLAUSUS* COMO ESTRATÉGIA DE
GESTÃO CONTRA A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA**

CURITIBA

2021

CARINA HAUS

A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO *NUMERUS CLAUSUS* COMO ESTRATÉGIA DE
GESTÃO CONTRA A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito.

Orientador: Professor Dr. André Ribeiro Giamberardino

CURITIBA

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

A adoção do princípio numerus clausus como estratégia de gestão contra a superlotação carcerária

CARINA HAUS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ANDRE RIBEIRO

GIAMBERARDINO:04588543954

Assinado de forma digital por ANDRE
RIBEIRO GIAMBERARDINO:04588543954
Dados: 2021.02.25 12:29:52 -03'00'

André Ribeiro Giamberardino
Orientador

Coorientador



Clara Maria Roman Borges
1º Membro



Rui Carlo Dissenha
2º Membro

RESUMO

A superlotação carcerária é uma das principais causas de violação de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no Brasil, gerando um estado de coisas inconstitucional. A teoria agnóstica da pena leva à conclusão de que é responsabilidade dos operadores do direito assumir uma postura de redução de danos provenientes do poder punitivo, mediante a máxima proteção de direitos humanos. Diante disso, o princípio do *numerus clausus* ou número fechado, que propõe que o limite de vagas dos estabelecimentos prisionais não seja ultrapassado, consiste em uma medida possível e necessária para adequar as condições de custódia, seja acelerando a saída de presos ou diminuindo sua entrada no sistema. Tal princípio foi, inclusive, adotado pelo STF no âmbito do sistema de cumprimento de medidas socioeducativas, como “estratégia de gestão”. Desse modo, apresentamos neste trabalho considerações sobre a aplicação do *numerus clausus* também para o sistema carcerário, como medida imprescindível para sua adequação aos princípios constitucionais e proteção de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: superlotação; cárcere; número fechado; *numerus clausus*; socioeducativo; direitos humanos; teoria agnóstica da pena.

ABSTRACT

Prison overcrowding is one of the main causes of violations of fundamental rights of persons deprived of their liberty in Brazil, generating an unconstitutional state of affairs. The agnostic theory of punishment leads to the conclusion that it is the responsibility of the operators of the law to assume a posture of harm reduction from the punitive power, through maximum protection of human rights. In view of this, the principle of *numerus clausus* or closed number, which proposes that the limit of places in prisons should not be exceeded, consists of a possible and necessary measure to adjust custody conditions, either speeding up the release of prisoners or decreasing their entry into the system. This principle was even adopted by the Supreme Court within the scope of the compliance system for socio-educational measures, as a “management strategy”. Thus, we present in this work considerations on the application of *numerus clausus* also to the prison system, as an essential measure for its adaptation to constitutional principles and protection of fundamental rights.

Keywords: over crowded; prison; closed number; *numerus clausus*; socio-educational; human rights; agnostic theory of punishment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL	9
2.1 A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	11
2.2 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO NUMERUS CLAUSUS PARA A EXECUÇÃO PENAL	12
3 A PERSPECTIVA DA TEORIA NEGATIVA AGNÓSTICA DA PENA	15
3.1 A ASSUNÇÃO DE UMA POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS	16
3.2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	17
4 A APLICABILIDADE DO NUMERUS CLAUSUS EM ANALOGIA AO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO	19
4.1 A DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143988/ES	21
4.2 INICIATIVAS PRÁTICAS PARA APLICAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO	23
5 CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS	29

1 INTRODUÇÃO

Entre os inúmeros problemas que o sistema penal brasileiro enfrenta, um dos mais notórios e graves é o da superlotação carcerária, “raiz e seiva” (BATISTA, 1990) das condições precárias e desumanas em que se encontram as pessoas privadas de liberdade do país. O constante aumento da severidade do poder punitivo, alimentado pelo populismo punitivo¹ e pela ideologia penal neoliberal², contribuiu para um crescimento significativo do encarceramento nos últimos anos³, e conseqüentemente a piora das condições de custódia de milhares de presos.

O déficit de vagas, a falta de estrutura e de atuação responsável das autoridades administrativas e judiciais promove situações assustadoras, com terríveis violações de direitos humanos (CARVALHO, 2008). Ainda que não se possa confiar na exatidão dos dados disponíveis acerca do número de presos e de vagas nos estabelecimentos prisionais, é manifesto o crescimento da população carcerária, em decorrência da grande desproporcionalidade entre entradas e saídas do sistema.

O próprio Supremo Tribunal Federal já declarou, na ADPF 347/DF⁴, que o sistema prisional brasileiro se encontra em estado de coisas inconstitucional, diante da violação massiva dos direitos fundamentais dos presos. Tais violações decorrem primariamente da superlotação, que faz com que haja uma impossibilidade material de fornecer condições de custódia que respeitem a dignidade, e muito menos atender a todos os direitos previstos pela Lei de Execução Penal, pela Constituição Federal e pelos normativos internacionais de direitos humanos. Nessa situação, é evidente que não existe possibilidade de que as penas privativas de liberdade cumpram qualquer finalidade de integração social, como é a proposta do nosso ordenamento, ainda que tal finalidade seja questionável.

¹ “O populismo punitivo é baseado no *marketing* da pena, produto cultural de alto consumo nas sociedades contemporâneas (punitivistas) com profunda capacidade de naturalizar a violência bruta do sistema penal” (CARVALHO, 2019, p. 84).

² “No modelo neoliberal, o processo decisório tende a apontar para práticas voluntárias de exclusão social, refletindo uma cultura penal anoréxica (controle social pela neutralização) e um sistema executivo-penal periculosista, preventivo, atuarial, seletivo e que definitivamente carece de oxigenação constitucional e convencional” (ROIG, 2019, p. 59).

³ Segundo o INFOPEN, Entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo país. Ministério da Justiça e Segurança Pública. DEPEN: Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: jan. 2021.

⁴ Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015.

Vislumbrando uma solução para o problema da superpopulação carcerária, surgiu na França (ROIG, 2014) a ideia do princípio ou sistema do *numerus clausus*, ou da capacidade taxativa dos presídios. O princípio propõe o respeito incondicional à capacidade de vagas de cada unidade prisional, não se admitindo prender mais pessoas do que há de vagas disponíveis. O princípio do *numerus clausus* já foi adotado pelo STF, no julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.988/ES⁵. Ao considerar inadmissível a manutenção de condições de superlotação no sistema socioeducativo, o tribunal decidiu pela aplicabilidade do princípio do *numerus clausus*, como “estratégia de gestão”⁶, que impõe limite e impede o ingresso de adolescentes nas unidades socioeducativas além da capacidade de vagas.

Partindo do entendimento de que a pena é um exercício de poder político que produz violência e desigualdades sociais, não possuindo qualquer justificação jurídica racional (ZAFFARONI, 1989), entende-se caber ao direito realizar um papel de minimização da violência que decorre de tal exercício, e aos órgãos judiciais a adoção de uma postura garantidora e protetora dos direitos humanos. Em relação às pessoas que cumprem penas privativas de liberdade, a condição em que se encontram os tornam especialmente vulneráveis à violência e à restrição de direitos, sendo imprescindível que haja uma atuação garantista no âmbito da execução penal. Nesse sentido, o papel dos membros do poder Judiciário é de suma importância, sendo possível, através da interpretação normativa conforme à Constituição, promover medidas de desencarceramento e de respeito à dignidade dos presos.

Com base nesse ponto de vista, partindo da exigência de uma atuação redutora de danos e da constatação da situação de calamidade e de violação de direitos fundamentais causada pela superlotação no cárcere, propõe-se analisar a possibilidade, conforme o ordenamento jurídico vigente nacional e internacional, bem como a evidente necessidade, de aplicar o princípio do *numerus clausus* também para o sistema penitenciário, em termos similares ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao sistema socioeducativo.

⁵ Supremo Tribunal Federal. HC nº 143988/ES. Relator: Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, j. 24/08/2020.

⁶ Conforme determinou o relator Ministro Edson Fachin: “adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso”.

2 A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

O problema da prisão não é uma questão nova e nem específica do nosso país. Michel Foucault (1975, p. 224), na clássica obra *Vigiar e Punir*, já afirmou que “*conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil*”. Reconheceu também que a necessidade de reforma do cárcere é contemporânea ao seu próprio surgimento, pois ela vem desde sempre não atendendo às expectativas. Há tempos o estudo da pena de prisão traz como conclusão ser ela o grande fracasso da justiça penal, à medida em que não diminui a taxa de crimes, provoca reincidência, e favorece um abuso de poder que induz “sofrimentos que a lei não ordenou” (FOUCAULT, 1975, p. 261).

A realidade das prisões brasileiras, ademais, está muito distante do Panóptico idealizado por Bentham, e além de não cumprir nenhuma finalidade útil, é sem dúvida muito perigosa. Talvez explicado pela ideia da “menor elegibilidade”⁷ - segundo a qual a condição do preso tende a ser pior do que o padrão de vida do indivíduo do mais baixo estrato social (MELOSSI; PAVARINI, 1977) - os detidos no Brasil são colocados em situação deplorável, com péssimas condições de higiene, saúde, alojamento, alimentação, bem como de ociosidade pela falta de ofertas de trabalho, educação e lazer (ROLIM, 2007), sendo causa primordial a superpopulação. O resultado é que as penas privativas de liberdade se transformam, na prática, em medidas de extrema crueldade (SCAPINI, 2007).

De acordo com informações do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP/CNJ)⁸, acessado em janeiro de 2021, o Brasil teria 892.765 pessoas presas, sendo que 402.588 são presos provisórios. Além disso, indica a quantidade de 338.941 mandados de prisão pendentes de cumprimento. Já a capacidade de vagas do sistema prisional é estimada pelo CNJ em 446.982 postos⁹. Por outro lado, o Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN)¹⁰ elaborado pelo Ministério

⁷ Esse princípio vem da “*poor law*” inglesa e foi citado, primeiramente, por Rusche e Kirchheimer em “Punição e estrutura social” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

⁸ Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – Portal BNMP. Disponível em < <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> > Acesso em jan. 2021.

⁹ Conselho Nacional de Justiça. Geopresídios - Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em jan. 2021.

¹⁰ Ministério da Justiça e Segurança Pública. DEPEN: Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em:

da Justiça, de junho de 2017 e com dados de dezembro do ano anterior, informa que nas 1.507 unidades prisionais cadastradas no INFOPEN estão privadas de liberdade 726.354 pessoas, das quais 706.619 são mantidas em unidades administrados pelas Secretarias Estaduais e 19.735 custodiadas emarceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais. Nesse estudo considera-se um total de vagas de 423.242, o que gera um déficit total de 303.112 mil vagas, e uma taxa de ocupação de 171,62%.

Ainda que tais números possam não ser tão precisos, o problema da superlotação e do encarceramento em massa se constata pelo maior número de entradas (*input*) em relação às saídas (*output*) no sistema prisional, o que gera o crescente déficit de vagas (CARVALHO, 2019). O déficit é, porém, muito pior na realidade do que os números pretendem indicar. Isso porque os dados oficiais não consideram para cálculo das vagas a metragem mínima por detento segundo as regras mínimas para o tratamento de prisioneiros da ONU (Regras de Mandela), considerando como excesso o número de presos além de quatro internos por cela, sendo que, pelo seu tamanho, cada cela deveria conter apenas um (ROLIM, 2007). A própria Lei de Execução Penal preconiza a acomodação em cela individual, regra cujo cumprimento não se cogita nem mesmo para cálculo de capacidade de vagas. Assim, considera-se como vaga condições insalubres (como tentou-se fazer com o uso de *containers*¹¹).

A verdade é que, apesar da opinião popular considerar o Brasil o “país da impunidade”, aqui prende-se muito (ainda que se prenda mal¹²). Como consequência da superlotação, nenhuma penitenciária oferece condições de atender plenamente os direitos previstos na LEP e na Constituição. Segundo relatórios do DEPEN e do CNPCP (RODRIGUES, 2011), verificou-se em alguns estabelecimentos não haver acesso à água (tanto para higiene quanto para o consumo vital), estruturas prediais precárias, presença de lixo, esgoto, insetos, alagamentos, muito calor, sistemas

<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: jan. 2021.

¹¹ O STJ rejeitou, no HC 142.513/ES a utilização de *containers*, substituindo por prisão domiciliar. As condições foram consideradas inadequadas e ilegais, por conta dos princípios da vedação de penas cruéis, da dignidade da pessoa humana, respeito à integridade física e moral dos presos, relaxamento da prisão ilegal e execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. STJ, HC 142.513/ES, 6ª Turma, Relator: Ministro Nilson Naves, j. 23/03/2010.

¹² Salo de Carvalho explica que o Brasil “ao mesmo tempo em que encarcera muito, encarcera muito mal, no sentido de que inúmeras condutas não lesivas (crimes sem violência ou grave ameaça) não demandariam o uso da prisão (CARVALHO, 2019).

elétricos e sanitários em colapso, comida de baixa qualidade ou em baixa quantidade. Além disso, a combinação de pouco arejamento e insolação, impossibilidade de manter um padrão básico de higiene e deficiência no oferecimento de serviços de saúde culminam na proliferação de doenças.

É importante lembrar que as consequências da superpopulação no cárcere não se restringem à violação dos direitos dos presos, mas possuem reflexos também em relação ao fortalecimento dos grupos criminosos organizados surgidos dentro do sistema prisional (como o PCC), a piora das condições de trabalho dos agentes penitenciários e outros servidores que atuam nas prisões, e a dificuldade em promover a adequada segurança e controle do Estado sobre as unidades prisionais (GIAMBERARDINO, 2019).

2.1 A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF¹³, reconheceu que o sistema carcerário brasileiro se encontra em “estado de coisas inconstitucional”, por conta do tratamento degradante, ultrajante e indigno causador de violações generalizadas de direitos fundamentais como dignidade, higidez física e integridade psíquica dos presos. Os ministros destacaram, ainda, a responsabilidade do Poder Judiciário na manutenção desse quadro, e que cabe a este poder buscar efetivar os preceitos constitucionais no tocante à proteção de direitos fundamentais.

À luz do nosso ordenamento jurídico, não há como não reconhecer a situação de ilegalidade em que o sistema carcerário brasileiro se encontra. A Lei de Execução penal preconiza no art. 85 que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade, atribuindo ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no parágrafo único, a tarefa de determinar o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades. Também prevê no art. 11 a promoção de assistências aos presos - material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa -, no art. 40 o respeito à integridade física e moral, e no art. 41 uma série de direitos como alimentação suficiente, vestuário, exercício de

¹³ Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015.

atividade profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, e outros. Além disso, o art. 3º garante que aos presos devem ser assegurados todos os direitos não diretamente afetados pela sentença ou pela lei.

Constitucionalmente, a superlotação nos presídios viola o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III); o direito à intimidade e à honra (art. 5º, X); a proibição de submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III); a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII); o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVIII); o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX); os direitos sociais de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer (art. 6º). Ainda, considerando as normas internacionais, são diversos os tratados e recomendações, como as propostas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela ONU. Nesse sentido, decidiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (TAVARES, 2015, p. 15) que:

impõe, não obstante, ao Estado garantir que todo prisioneiro seja detido em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana, que a modalidade de execução da pena não insira o interessado em uma situação de desconforto ou a um grau de intensidade tal que exceda o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção e que, em consideração das exigências práticas da reclusão, a saúde e o bem-estar do detido sejam garantidos de maneira adequada (...)

Diante desse quadro, Juarez Tavares (2015, p. 37) - em parecer que instrui a ADPF nº 347/DF e expõe em detalhes a precariedade do sistema - conclui que “o fenômeno da superpopulação carcerária é um fato notório, uma situação de grave deficiência estrutural e sistemática do sistema carcerário que não pode mais persistir”. Impõe-se, portanto, um programa de deflação penitenciária, como única possibilidade de fazer cessar a realidade ilegal e inconstitucional e passar a respeitar os direitos humanos daqueles privados de liberdade.

2.2 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *NUMERUS CLAUSUS* PARA A EXECUÇÃO PENAL

Na obra *Punidos e Mal Pagos*, Nilo Batista (1990, p. 130) apresenta a ideia de uma “reforma penitenciária à francesa”, a partir de um relatório com sugestões para reforma do sistema penitenciário, redigido pelo deputado do Partido Socialista francês Gilbert Bonnemaïson. O documento sugere a utilização do *numerus clausus* (número fechado) como solução para a superpopulação carcerária. Bonnemaïson argumenta

que a capacidade dos estabelecimentos prisionais constitui (ou deve constituir) um limite inultrapassável, e cabe aos magistrados a responsabilidade de gerir esse limite e comprometer-se a, ao decidir encarcerar um indivíduo, libertar outro.

De acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig (2014), o *numerus clausus* é definido como o princípio ou sistema organizacional segundo o 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. Para Giovanni Palombarini e Carlo Renoldi, o princípio significaria a proibição de alocar no interior de uma mesma câmara de detenção um número de pessoas superior àquele para o qual a cela é homologada (apud ROIG, 2014). Na opinião de Nilo Batista (2004, p. 92) o sistema funcionaria dessa forma:

a) o juiz da execução penal, anualmente, determina a máxima capacidade dos distintos estabelecimentos penitenciários; b) tal capacidade não pode ser em qualquer hipótese superada; (...); d) ao ingresso de um interno excedente corresponderá a transferência para outra unidade, ainda que de regime mais benéfico ('progressão especial'), do interno mais favorecido naquele cadastro; e) isto representará movimento similar na segunda unidade, bem como nas demais; na última ponta do sistema penitenciário ter-se-á um 'livramento condicional especial'; f) o sentido geral pode ser resumido da seguinte forma: se determinado Estado possui vagas para 8.000 internos, ao ingresso do interno de número 8.001 corresponde a soltura do mais próximo (por condições subjetivas e objetivo-legais) da liberdade (...)

Também em consonância com o *numerus clausus*, Marcos Rolim (2007) defende que a Lei de Execução Penal deveria prever a instituição de uma cláusula obrigatória para limite de lotação, e em sendo tal limite atingido impedir-se-ia o ingresso de novo condenado no estabelecimento, a menos que ocorresse abertura de vaga, mediante a liberação do preso mais próximo de conquistar progressão de regime ou liberdade condicional. Na opinião de Luigi Ferrajoli (apud ROIG, 2014), a superlotação fere o princípio da humanidade das penas, e o único remédio seria a aplicação do *numerus clausus*, no qual os presos com penas ou resíduos de penas de menor duração seriam destinados a medidas não encarceradoras, como a prisão domiciliar, para liberação de vagas.

Ressalta-se, desse modo, que o princípio tem como objetivo a redução do número de pessoas presas, e não a criação de novas vagas. Segundo Roig (2014, p. 108), “a construção ou ampliação de novos estabelecimentos penais não é a solução para o refreamento do quadro de superlotação, assim como a ampliação ou construção de mais e mais ruas não seria a solução para conter o excesso de tráfego”.

No mesmo sentido, Rolim (2007) entende que nas condições atuais o encarceramento aumenta de tal forma que, se tão somente fossem construídos mais presídios, logo seriam preenchidas todas as novas vagas e o déficit permaneceria.

Roig (2014) identifica três possíveis modalidades para a implementação do princípio do *numerus clausus*. Primeiramente, o *numerus clausus* preventivo, segundo o qual, na ausência de vagas, se vedaria a entrada de novos prisioneiros, por exemplo criando-se uma espécie de “lista de espera”, suspendendo a execução da pena até que exista vaga, ou convertendo a pena em prisão domiciliar. Segundo, o *numerus clausus* direto, que seria a concessão de indulto ou prisão domiciliar àqueles já cumprindo pena e que estão mais próximos de atingir o prazo para liberdade.

Por fim, o *numerus clausus* progressivo, no qual se criaria um sistema de transferência em cadeia, progredindo os presos do regime fechado para o semiaberto, deste para o aberto, e do aberto para o livramento condicional. Ou seja, cada transferência operada no regime mais gravoso ensejaria necessariamente outra no regime menos gravoso, até que determinados presos sejam colocados em liberdade.

Portanto, diante do quadro de inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro, o princípio do *numerus clausus* deve ser considerado um dos princípios mais importantes e norteadores da execução penal, como política de redução do encarceramento em massa e adequação constitucional das condições de execução de penas privativas de liberdade. É imprescindível adotar a ideia da capacidade taxativa dos presídios como limite material, primeiramente como medida reducionista, diminuindo a quantidade de pessoas no cárcere, e posteriormente como mecanismo de prevenção da superlotação penitenciária.

3 A PERSPECTIVA DA TEORIA NEGATIVA AGNÓSTICA DA PENA

O estudo do direito penal sempre vem acompanhado do estudo das funções da pena. Muitas teorias já foram desenvolvidas, sejam elas retributivas (absolutas), de prevenção geral ou especial (relativas), nas suas vertentes negativas ou positivas. A legislação de execução penal brasileira demonstra a adoção da teoria da prevenção especial positiva, pois pretende a reinserção ou “ressocialização” do infrator¹⁴. Porém, a pena “útil” das modalidades preventivas nunca pôde ser comprovada na prática. Nas palavras de Eugénio Raúl Zaffaroni (1989, p. 27), o sistema penal é “*a empresa de mais notória insolvência estrutural em nossa civilização*”. Levando em conta as condições do nosso sistema de execução penal, fica claro que ele não apresenta condições mínimas para a realização do projeto técnico-corretivo de ressocialização, reeducação, ou reinserção social (TAVARES, 2015).

Nesse contexto, Massimo Pavarini, conforme interpreta Roig (2019, p. 47), ensina que a pena “*é uma violência (dor, sofrimento, mal), que não pode ser meio para resolver problemas, porque ela mesma é um problema social, que não anula o dano do crime, mas sim produz a duplicação da danosidade do evento delitivo*”. Evidencia-se, portanto, uma crise da pena, por conta da impossibilidade de dar a ela um fundamento ontológico. Diante dessa constatação, Zaffaroni (1989) propõe uma teoria negativa agnóstica da pena. De acordo com o autor, o discurso jurídico-penal é irracional, na medida em que não é coerente e nem verdadeiro, pois sua realização social é impossível ou ocorre de maneira totalmente diferente da sua programação¹⁵. Para ele, a arbitrariedade seletiva é exemplo de que a legalidade proposta pelo discurso penal é falsa. O sistema penal resta, portanto, deslegitimado.

A partir dessa visão, Zaffaroni (1989) classifica a pena como um ato de poder, ou um ato político, que não possui legitimidade ou justificação jurídica. A pena seria tal qual a guerra, na medida em que é um exercício de poder existente, porém ilegítimo dentro de um Estado Democrático de Direito. O direito penal, portanto, deveria funcionar assim como o direito humanitário serve à guerra: como um limitador,

¹⁴ O discurso atualmente vem abandonando os objetivos preventivos especiais positivos e abraçando finalidades de “segurança” e “neutralização do outro” (ROIG, 2019, p. 55).

¹⁵ Segundo o autor, a realidade operacional dos sistemas penais latino-americanos jamais poderá se adequar ao discurso jurídico-penal, pois apresenta como características estruturais a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais e comunitárias. (ZAFFARONI, 1989, p. 15).

reduzindo no que puder a violência e os danos que tal poder punitivo possa causar, e deveria fazê-lo zelando pela proteção dos direitos humanos ou fundamentais constitucionalmente assegurados. A fonte de legitimação das agências judiciais estaria, justamente, na busca da solução socialmente menos violenta.

Salo de Carvalho (2007) defende que a perspectiva agnóstica pode ser depreendida da nossa Constituição. Isso porque ao dispor sobre as penas, a carta não trata de fins, funções ou justificativas, indicando apenas meios para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado, como é evidenciado nos princípios da personalidade, individualização, humanidade, respeito à integridade física e moral, e proibição do excesso punitivo. De acordo com o autor, o poder punitivo possui um caráter incontrolável, desmesurado e desproporcional, o que faz surgir a necessidade de um papel garantidor do direito penal, como tutela do pólo débil da relação processual, que é o réu ou o condenado.

3.1 A ASSUNÇÃO DE UMA POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

As conclusões da teoria agnóstica da pena levam à compreensão de que os órgãos judiciários não podem pretender-se a solucionar os conflitos sociais (ZAFFARONI, 1989). Cabe aos juízes tão somente decidir, e é por essa razão que devem buscar a decisão menos violenta e mais garantidora de direitos humanos. O sistema punitivo deveria em teoria respeitar os princípios constitucionais, porém na prática é um dos maiores violadores de tais garantias. Cabe ao judiciário, em suas decisões, esforçar-se para reduzir as violações, orientados pela regra “*mínima violação/máxima realização dos princípios garantidores da pena*” (ZAFFARONI, 1989, p. 235).

No âmbito da execução penal, Salo de Carvalho (2008) lembra que existem vários direitos e garantias processuais – os incidentes da execução – que permitem diminuir o período de cumprimento da pena e, conseqüentemente, a permanência no cárcere. A concretização de tais direitos depende, porém, de uma atuação jurisdicional garantidora. Esse papel deve ser orientado pelos valores e princípios constitucionais, fazendo uma interpretação das normas penais e processuais em conformidade a esses princípios, buscando a aplicação mais favorável ao condenado, e inclusive considerando a invalidade de normas que vão contra tais ideais.

Complementa Carvalho (2008) que a redução dos danos causados pelo poder punitivo deve, também, buscar distanciar-se de modelos inquisitórios e da perspectiva tratamental (ressocializadora) da pena, adotando como valores a secularização e a tolerância. Ou seja, a separação entre direito e moral, e o respeito à identidade do sujeito. Esse ponto de vista é essencial dentro do Estado Democrático de Direito, e dos princípios constitucionais.

Conforme ensinamento de Massimo Pavarini (VASCONCELOS; RIBEIRO, 2019), as proposições do ordenamento jurídico constitucional representam uma ideologia, na medida em que é um “dever ser”, pois diz respeito não à realidade fática, mas a como se gostaria que fosse tal realidade. Apesar dessa constatação (ou a partir dela), a Constituição deve ser como um caminho a ser seguido, um instrumento de transformação social; instrumento que deve estar presente ao decidir os casos concretos, interpretando-se as normas infraconstitucionais à sua luz, e transformando, na medida do possível, a realidade precária, violenta e desumana do cárcere.

3.2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Quando se discute as condições do sistema carcerário brasileiro, é comum surgir a ideia de que o Poder Judiciário apenas cumpre a lei ao enviar as pessoas para a prisão, não sendo sua culpa a situação degradante em que ficarão os condenados, pois o responsável pela falta de estrutura adequada seria o Poder Executivo. Zaffaroni (1989, p. 265) explica, entretanto, que responsável é “*quem tem a faculdade de compreender as consequências do seu comportamento, e, por conseguinte, de corrigi-lo conforme essa previsão*”. Levando em conta as consequências de seu comportamento – ou seja, suas decisões – a responsabilidade do Poder Judiciário para com as violações de direitos fundamentais dentro do cárcere é evidente.

O grave problema que se tem enfrentado é que o discurso defensivista e punitivista acabou transbordando da opinião pública e contaminando também os magistrados, que no lugar de atuar como garantidores, internalizam o senso comum de ódio pelo criminoso e transformam-se em “vingadores”. Nas palavras de Salo de Carvalho (2008, p. XXV):

E, assim, por ignorância, ingenuidade ou má-fé, torna-se (co)responsável pelo genocídio em massa produzido nas instituições carcerárias; transforma-se em agente legitimante e (re)produtor da selvageria gótica que assola a

execução da pena privativa de liberdade, principalmente aquela cumprida em regime fechado.

As consequências dessa realidade para a superlotação carcerária e as condições desumanas nas prisões são muito relevantes. No lugar de ser um filtro constitucional, o Judiciário contribui para maior prisionalização, seja cominando penas cada vez mais severas¹⁶, seja se omitindo em relação à inconstitucionalidade de legislações de alto teor punitivista¹⁷. Existem cada vez mais pessoas presas por crimes de pouco potencial ofensivo, como por exemplo aqueles não violentos contra o patrimônio, roubos em que os critérios de violência e grave ameaça são questionáveis, e tráfico de drogas em que as quantidades envolvidas são mínimas (consumidores e pequenos varejistas) e que não causam nenhum impacto no comércio ilegal organizado (CARVALHO, 2019).

Além disso, no âmbito da execução da pena, não bastaria que o Poder Executivo promovesse a estrutura adequada ao cumprimento dos dispostos na Lei de Execução Penal, sem uma atuação garantidora por parte do Judiciário. São os juízes os responsáveis por uma interpretação constitucionalizada das normas, e por uma atuação secular (não moral) e não inquisitiva (respeitando a ampla defesa e o contraditório), no julgamento dos incidentes da execução como remição, progressão de regime, substituição de pena, detração, livramento condicional, comutação, indulto, análise de faltas graves, entre outros.

Dessa forma, é responsabilidade do Poder Judiciário, ao fazer o controle de constitucionalidade da legislação penal e processual, ao cominar penas dentro do processo penal, ao julgar incidentes de execução, e em relação a qualquer lesão de direitos em que seja provocado a decidir, adotar uma postura de redução de danos e de caráter garantidor, orientada ao máximo cumprimento dos direitos humanos e fundamentais. Só assim estará legitimado o seu poder, diante da ilegitimidade do poder punitivo estatal.

¹⁶ O tempo médio de penas aplicadas nos anos de 1985, 1995, 2010 atestam o aumento da severidade das condenações (CARVALHO, 2019).

¹⁷ Como por exemplo a Lei de Crimes Hediondos (CARVALHO, 2019).

4 A APLICABILIDADE DO *NUMERUS CLAUSUS* EM ANALOGIA AO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

O art. 85 da Lei de Execução Penal¹⁸, ao mesmo tempo em que evidencia a situação de ilegalidade que a superlotação carcerária constitui, pode ser considerado o marco legal do princípio do *numerus clausus* (GIAMBERARDINO, 2018). O artigo define a impossibilidade de se ultrapassar o número máximo de vagas dos estabelecimentos penais, e ainda prevê ser o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária¹⁹ o responsável pela definição desse limite. Outro dispositivo que pode ser invocado para legitimar o princípio é o art. 11 da Lei 11.671/08, que criou o Sistema Penitenciário Federal, segundo o qual “*A lotação máxima do estabelecimento penal federal de segurança máxima não será ultrapassada*”.

A aplicação do princípio, em especial na sua modalidade progressiva, encontra apoio jurisprudencial através de interpretação extensiva (*pro reo*) do disposto na Súmula Vinculante nº 56 do STF, que dispõe 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*”. Sobre tais parâmetros, destaca-se:

4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.²⁰

O entendimento é de que a inadimplência do Estado não pode ser suportada pelo indivíduo, ao ser mantido em regime mais gravoso. A mesma interpretação pode ser estendida para as condições de superlotação, que tornam a pena de prisão muito mais grave do que o previsto na sentença e na lei. Nesse sentido, também pode ser invocado o art. 185 da LEP, segundo o qual haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença. Sem dúvida,

¹⁸ Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

¹⁹ O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária tem suas atribuições legais elencadas no art. 64 da LEP, entre eles: estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais; inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, propondo medidas ao seu aprimoramento; representar pela instauração de sindicância em caso de violação de normas da execução penal ou pela interdição de estabelecimento penal.

²⁰ Supremo Tribunal Federal. REXT nº 641.320. Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 11/05/2016.

a superlotação deve ser considerada como desvio de execução, pois, segundo Roig (2014, p. 114), “*impõe à pessoa presa o sacrifício de direitos não abarcados nos limites da sentença, de forma ilegal, inconstitucional e humanamente intolerável*”.

De acordo com André Giamberardino (2018), situações de violação extrema e flagrante de direitos humanos – como os presídios superlotados – podem ensejar intervenção por meio de ação civil pública ou *habeas corpus*. O autor cita que a Suprema Corte Argentina já julgou ação coletiva em prol dos presos em carceragens de delegacias de polícia superlotadas em Buenos Aires, determinando prazo para que se cessassem as condições degradantes. Também o STF, em 2018, determinou no HC 143.641²¹ a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda.

Outro ponto importante é que os órgãos judiciários não podem se abster de impor medidas contra o não cumprimento por parte do Estado das assistências devidas aos presos alegando os princípios de reserva do possível ou separação dos poderes (GIAMBERARDINO, 2018). Nesse sentido decidiu o STF no REXT nº 580.252/MS²², acerca da possibilidade de pagamento de indenização aos detidos em situações degradantes (grifos nossos):

3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. (...) 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). (...)

Conforme já visto, a superlotação é ilegal e inconstitucional, e as condições materiais de custódia devem ser objeto de controle judicial. Não se pode falar em

²¹ Supremo Tribunal Federal. HC 143.641, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 24/10/2018.

²² Supremo Tribunal Federal. REXT 580.252/MS, Rel. p/ acórdão: Ministro Gilmar Mendes, j. 16/02/2017.

violação de competência ou descumprimento de decisões de outros órgãos jurisdicionais (ROIG, 2014), pois cabe aos magistrados fazer uma interpretação conforme à Constituição, e buscar reparar quaisquer desvios da execução. Além disso, de acordo com o art. 66, VI, da LEP é dever do Juízo da Execução zelar pelo correto cumprimento da pena, o que consiste em um poder geral de cautela em prol da legalidade da execução (GIAMBERARDINO, 2018). Finalmente, medidas judiciais de desencarceramento em caso de condições desumanas estão em pleno acordo com o disposto no art. 5º, LXV da Constituição Federal, que preconiza que “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*”.

4.1 A DECISÃO DO STF NO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143988/ES

Enfrentando o problema da superlotação, a Defensoria Pública do Espírito Santo impetrou, em 2018, o Habeas Corpus Coletivo nº 143988/ES²³ em favor de todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte (UNI-Norte), na Comarca de Linhares, Estado do Espírito Santo, pleiteando ordem para garantir que as instituições de cumprimento de medidas socioeducativas não ultrapassem os quantitativos máximos previstos para a unidade. Posteriormente foi solicitado extensão para os Estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro, em situações similares de lotação.

Em sessão virtual encerrada em 21 de agosto de 2020, a 2ª Turma do STF decidiu por unanimidade que a internação de adolescentes nas unidades socioeducativas deve observar o teto de 100% de capacidade, sendo inadmissível a manutenção de qualquer condição de superlotação no sistema. Adotou-se, portanto, o princípio do *numerus clausus* “*como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso*”, e a possibilidade de conversão da medida de internação institucional em internação domiciliar.

Na decisão, o ministro Edson Fachin concluiu que se deve atentar para uma atuação do Poder Judiciário que garanta a dignidade aos internados, coibindo situações análogas a tratamento cruel ou degradante, sendo viável e necessária a atuação jurisdicional reparadora, sem ofensa ao postulado da separação dos poderes. Destacou, ainda, que as crianças e adolescentes são merecedores de proteção

²³ Supremo Tribunal Federal. HC nº 143988/ES. Relator: Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, j. 24/08/2020.

integral por parte da família, da sociedade e do Estado (conforme arts. 227 e 228 da Constituição Federal²⁴), e aos internados deve ser assegurado o gozo dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, nomeadamente o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho. O voto também considerou que a medida socioeducativa, principalmente a privação de liberdade, deve ser aplicada somente quando for imprescindível, nos exatos limites da lei e pelo menor tempo possível, e que ela deve priorizar os aspectos pedagógicos, protetivos e ressocializadores.

Acerca das condições de superlotação nas unidades destinadas ao cumprimento de medidas socioeducativas, as informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça indicaram que nove estados apresentavam taxa de ocupação acima de 100%, sendo eles: Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Espírito Santo, Bahia, Rio Grande do Sul, Acre, Rio de Janeiro e Sergipe. Diante disso, o relator opinou que se trata de tema sensível e alusivo à dignidade dos internados, não sendo viável o STF cancelar o quadro de superlotação. No que se refere à aplicação da capacidade taxativa, ou *numerus clausus*, afirmou (grifado no original):

a limitação do ingresso de adolescentes nas Unidades de Internação em patamar superior à capacidade de vagas projetadas, além de cessar as possíveis violações, previne a afronta aos preceitos normativos que asseguram a proteção integral, densificando as garantias dispostas no artigo 227 da Constituição Federal (...), além de fortalecer o postulado de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Em conclusão, foram determinadas as seguintes medidas: a aplicação do princípio do *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de vaga na hipótese de ingresso; a reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa; proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam lotadas, desde que próximas da família; a aplicação do parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012²⁵; a conversão de medidas de internação em

²⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

²⁵ O dispositivo prevê que é direito do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa "ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de

internações domiciliares. Por fim, o relator propôs a criação de um Observatório Judicial no STF sobre o cumprimento das internações socioeducativas, com o objetivo de acompanhar os efeitos da deliberação do caso, especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estabelecidas e o percentual de lotação das unidades de internação.

4.2 INICIATIVAS PRÁTICAS PARA APLICAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO

Pelos motivos expostos nos capítulos anteriores, percebe-se que a aplicação do princípio do *numerus clausus* pode e deve ser efetivada também no sistema carcerário. Apesar de os adolescentes que cumprem medidas socioeducativas precisarem de uma tutela ainda maior por parte do Estado - pela sua maior vulnerabilidade e decorrente da doutrina da proteção integral - nada justifica manter uma situação ilegal e de massiva violação de direitos para os condenados a penas privativas de liberdade. Além disso, a partir do momento em que as pessoas se encontram encarceradas, também passam para uma situação de extrema vulnerabilidade, e, portanto, devem ser objeto de atenção positiva do estado (TAVARES, 2015). Nesse sentido, Sávio Guimarães Rodrigues (2011, p. 18) explica que *“o recluso encontra-se em ambiente de tamanha intervenção que sua própria sobrevivência não depende mais de si ou seus esforços, mas sim da atuação estatal”*.

Os sistemas diferenciam-se, entretanto, pelo volume de pessoas envolvidas. Segundo a Pesquisa do Levantamento Anual SINASE²⁶, referente ao ano de 2017 e publicada em 2019, havia um total de 26.109 adolescentes atendidos pelo sistema socioeducativo, sendo 17.811 em medida de internação, 2.160 em regime de semiliberdade e 4.832 em internação provisória. Constava, também, 937 adolescentes em atendimento inicial, 306 em internação sanção e 63 em medida protetiva. Ainda, a capacidade de vagas foi estimada em 15.061 para medidas de internação, 5.337 para internação provisória e 2.448 para semiliberdade, sendo um total de 22.846.

A situação do sistema carcerário, já exposta, é mais complexa pela maior quantidade de presos, mas não por isso deixa de ser possível e necessária a adoção

medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa”.

²⁶ Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). LEVANTAMENTO ANUAL SINASE 2017. Brasília, 2019. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>>. Acesso em: jan. 2021.

de medidas para suprimir a superlotação. Segundo Rodrigues (2011, p. 24): “*não há que se falar em reserva do possível quando está em jogo o mínimo de dignidade daqueles a quem o próprio Estado, ao limitar a liberdade inerente ao ser humano, assume os deveres inafastáveis da tutela*”.

Para buscar solucionar o quadro atual de superlotação, o *numerus clausus* progressivo é um mecanismo que se mostra bastante útil. Um exemplo de implementação desse sistema são os mutirões carcerários realizados com o objetivo de liberar vagas dos estabelecimentos superlotados e com graves problemas. Nesses mutirões, nomeia-se juízes *ad hoc* para analisar o maior número possível de processos, e conceder benefícios como progressão de regime antecipada, livramento condicional, ou prisão domiciliar com monitoramento por tornozeleira eletrônica. Segundo o Conselho Nacional de Justiça²⁷, os juízes são deslocados a diferentes unidades da federação para analisar a situação processual dos presos, além de inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de sanar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais. Tais ações resultaram na análise de cerca de 400 mil processos com mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros.

No Estado do Paraná, têm se realizado mutirões coordenados pelo Tribunal de Justiça do Paraná e com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública. Segundo reportagem de Alex Silveira (2019), o primeiro mutirão carcerário do Paraná, em 2019, teve a expectativa de abrir entre 400 a 500 vagas no sistema prisional paranaense, analisando cerca de 1,4 mil processos judiciais, com o objetivo de desafogar delegacias e penitenciárias. De acordo com a reportagem, o estado teria aproximadamente 34 mil presos, sendo pelo menos 10 mil detidos de forma irregular dentro de delegacias. Além disso, os estabelecimentos enfrentam problemas com doenças, como a sarna, que a superlotação impede que sejam erradicadas.

Em termos legais e constitucionais, não há problema na designação de juízes *ad hoc* nos mutirões carcerários, conforme explica Giamberardino (2018, p. 120):

O princípio do juiz natural tem toda sua densidade histórica voltada à limitação do arbítrio e em favor do condenado, não podendo ser interpretado em seu desfavor quando se tem um contexto de atraso na prestação jurisdicional e no respeito a direitos da execução penal. A excepcionalidade tem guardada no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e no reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” (ADPF 347/DF) pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁷ Conselho Nacional de Justiça. Mutirão Carcerário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em jan. 2021.

Ressalta-se que, para a concretização do sistema progressivo, devem ser definidos critérios para antecipação de direitos em conformidade com os princípios constitucionais, evitando adentrar em argumentos imprecisos e inverificáveis, como por exemplo o sucesso da “ressocialização” do preso ou a probabilidade de reincidência²⁸. Andrei Schmidt (2007) explica que não pode um juízo de valor, ou mera suposição, restringir a liberdade de alguém, por ser indemonstrável concretamente. De acordo com Roig (2014), o único critério subjetivo deve ser a verificação do “bom comportamento” indicado pela ausência de faltas graves no atestado de conduta carcerária²⁹. Já como requisito objetivo, poderia ser prevista a maior proximidade temporal de atingimento da liberdade via livramento condicional ou da progressão de regime.

É verdade que esse tipo de medida não é suficiente para resolver sozinha o problema do encarceramento em massa. De acordo com André Giamberardino (2019), o problema da falta de vagas e do crescimento desenfreado da população carcerária é evidenciado pelo desequilíbrio entre entradas e saídas do sistema, onde cada saída dá lugar para duas ou três novas entradas. Assim, além de flexibilizar as possibilidades de saídas daqueles que já cumpriram parte de suas penas, é essencial diminuir o número de entradas. Gilbert Bonnemaïson (ROIG, 2014, p. 106), idealizador do princípio do *numerus clausus*, afirmou: “*a superlotação carcerária é principalmente devida à presença, nas casas de detenção, de pessoas que não têm nada que fazer lá*”. No mesmo sentido, opina Heleno Fragoso (2017, p. 32):

É necessário tirar da prisão urgentemente os que lá não precisam estar, reduzindo o tempo de permanência dos que para lá forem mandados. Os delinqüentes não perigosos não precisam ser mandados para a prisão. A suspensão condicional da pena poderá ser ampliada ainda mais, para que possa ser concedida por uma segunda vez, como já ocorre em vários países. O livramento condicional deve ser favorecido, eliminando-se a distinção atual entre primários e reincidentes³⁰, e permitindo-se a sua concessão desde que se cumpra, em condições favoráveis, um terço da pena, como se faz em outros países.

²⁸ “A única presunção que a Constituição permite é a de inocência” (LOPES JR, 2007, p. 394).

²⁹ A avaliação de existência de faltas graves deve estar limitada aos últimos 12 meses, por analogia ao aplicado em decretos de indulto. Entretanto, a falta grave é problemática pela falta de taxatividade (legalidade) em sua aplicação, além de não respeitar adequadamente os princípios da ampla defesa e do contraditório. A maior crítica à falta grave é a violação ao princípio do *ne bis in idem*, na medida em que o cometimento de uma falta pode ensejar diferentes punições e efeitos negativos no âmbito da execução penal (CARVALHO, 2008).

³⁰ A reincidência em si pode ser considerada inconstitucional na medida em que viola os princípios do *ne bis in idem*, da igualdade e da proporcionalidade. (LOPES JR, 2007).

Entretanto, ao contrário do que se espera, a tendência contemporânea tem sido no sentido de dar preferência a condenações a penas privativas de liberdade, e inclusive a prolação de sentenças mais longas (ROLIM, 2007). Dessa forma, impõe-se a necessidade de uma política reducionista do poder punitivo, com a despenalização do sistema, adotando-se alternativos penais como a mediação, conciliação e a justiça restaurativa.

De forma ideal, impõe-se que seja realizada a descriminalização de determinados tipos de delito com menor potencial ofensivo, ou sua requalificação para que não haja cominação de penas privativas de liberdade. Crimes menos graves devem ensejar maior utilização de penas alternativas à prisão, como prestação pecuniária ou penas restritivas de direitos. Na opinião de Marcos Rolim (2007, p. 97), deve-se “*estender tanto quanto possível a aplicação de sentenças alternativas à prisão, tornando-as mesmo as únicas sentenças possíveis para os crimes praticados sem violência*”.

A prisão está muito longe de “integrar harmonicamente” o condenado à sociedade – como propõe a Lei de Execução Penal³¹ - ainda mais nas condições desumanas em que se encontra. Resume Heleno Fragoso (2017, p. 34): “*a prisão é inútil para a vítima e para a sociedade, sendo ilusória a proteção que proporciona, sem qualquer efeito na solução ou reparação do conflito criado pela ação delituosa*”. Dessa forma, não há saída a não ser adotar uma política criminal minimalista, maximizando os direitos e reduzindo o impacto penal na sociedade, conseqüentemente diminuindo o volume de pessoas no cárcere (CARVALHO, 2008). Assim, pela falta de efetividade nas suas finalidades preventivas ou ressocializadoras, e pelo efeito danoso que causa às pessoas condenadas e à toda sociedade³², a prisão não deve ser utilizada senão como *ultima ratio*.

³¹ Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

³² “O encarceramento no Brasil, levando em conta a sua atual configuração, contribui (...) para o aumento da prática delitiva e, por sua vez, impacta negativamente na segurança pública” (TAVARES, 2015, p. 35).

5 CONCLUSÃO

As informações aqui reunidas demonstraram que a superlotação carcerária é um dos principais problemas do sistema penal brasileiro, na medida em que torna a pena de prisão muito mais grave do que se deveria aceitar em um Estado Democrático de Direito. As pessoas privadas de liberdade têm sua identidade e sua humanidade sistematicamente negadas, sendo cada uma delas somente mais um número em um “depósito de presos” (TAVARES, 2015, p. 32). O cárcere é um ambiente de massiva violação de direitos fundamentais, tratando de forma desumana os que lá estão, infligindo no corpo e na mente dos condenados um verdadeiro suplício³³.

Entender que a pena não possui legitimidade ou função jurídica, pois causa mais mal à sociedade do que bem, é o ponto de partida que obriga a adoção de uma postura garantidora, entendendo que o papel do direito deve ser o de proteção dos indivíduos e de seus direitos, contra o arbítrio e o abuso de poder. Assim, deve ser reconhecida - como já foi pelo Supremo Tribunal Federal - a situação inconstitucional do cárcere, mas, além disso, atuar concretamente para diminuir as injustiças e buscar impor na prática as garantias constitucionais. Faz-se necessário, portanto, interpretar as normas de execução penal à luz da Constituição e dos tratados internacionais, de modo a torná-las mais racionais e redutoras de danos. Conforme lembra Roig (2010, p. 18) deve-se “*devolver à execução da pena alguns de seus ideários esquecidos: humanidade, justiça e dignidade*”.

A decisão do STF em relação ao sistema de medidas socioeducativas, que também devido ao aumento do punitivismo estatal se encontrava em situação de superlotação em muitos estados, foi acertada ao adotar o princípio do *numerus clausus* como norteador das mudanças que precisam efetivar-se no âmbito do sistema. Por conta da violação dos direitos dos adolescentes internados, o STF decidiu que não se pode ultrapassar o quantitativo máximo de vagas das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas. Assim, sempre que não houver vagas, no lugar de submeter o adolescente a condições precárias em estabelecimentos lotados, deverão ser tomadas medidas como internamentos domiciliares ou liberação de vagas mediante desinternações.

³³ Segundo Salo de Carvalho, suplício do corpo e penitência da alma, pois empiricamente voltado à penalização corporal e normativamente à pedagogia disciplinar (CARVALHO, 2008, p. 220).

Dessa forma, é evidente que o princípio do *numerus clausus* pode e deve ser aplicado também em relação ao sistema carcerário, criando-se um limite de vagas para cada estabelecimento que seja inultrapassável, e liberando-se vagas com providências de desencarceramento. Afinal, os presos também se encontram em situação de vulnerabilidade e de violação de direitos, merecendo a proteção do estado. É preciso reconhecer que a prisão é ineficaz como meio de “ressocialização” e prevenção de crimes, abandonando a crença nos seus “louváveis fins” (CARVALHO, 2007), percebendo sua função como mecanismo de exclusão social, e diante disso procurar neutralizar ao máximo os graves efeitos da prisionalização³⁴.

Portanto, além da concessão de direitos como prisão domiciliar, progressão de regime e livramento condicional aos que cumpriram parte de suas penas em condições degradantes, é imprescindível impedir que sejam enviadas mais pessoas para o cárcere a não ser como medida excepcional, relegando-o como *ultima ratio*. Para isso, deve-se lembrar das penas alternativas à privação de liberdade, e considerar a descriminalização de condutas com pouco potencial ofensivo.

Diante disso, é de suma importância que o Poder Judiciário deixe de fugir à responsabilidade, se liberte de pretensões punitivistas e defensivistas, e assuma seu papel como garantidor da justa aplicação das normas jurídicas e da Constituição. Os princípios constitucionais podem ser compreendidos como indicadores do caminho que a sociedade deve tomar³⁵, e os operadores do direito, na medida dos seus poderes, devem buscar torná-los realidade.

³⁴ De acordo com Alessandro Baratta (2011) o cárcere promove a “desculturação”, que é a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade, e a “prisionalização”, que é a assunção de atitudes e modelos de comportamento característicos da subcultura carcerária (a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso).

³⁵ “A democracia substancial, que é nosso postulado, acaba algo parecido com a utopia e, como tal, novamente nas palavras de Boaventura de Souza Santos, está a indicar os caminhos a seguir”. (PRADO, 2007, p. 415).

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- _____. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - Portal BNMP**. Disponível em < <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>> Acesso em jan. 2021
- _____. _____. **Geopresídios - Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em jan. 2021
- _____. _____. **Mutirão Carcerário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em jan. 2021.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: jan. 2021.
- _____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: jan. 2021.
- _____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. DEPEN: **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Atualização Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: jan. 2021.
- _____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). **Levantamento Anual SINASE 2017**. Brasília, 2019. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>>. Acesso em: jan. 2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 142.513/ES**. 6ª Turma, Relator: Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, julgado em 23/03/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3938745>>. Acesso em jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental. Informativo 798. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/09/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: jan. 2021.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 143.988/ES**. Relator: Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>. Acesso em: jan. 2021.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. Responsabilidade civil do Estado: superpopulação carcerária e dever de indenizar. Informativo 854. Relator original: Ministro Teori Zavascki, julgamento em 16/02/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm>>. Acesso em: jan. 2021.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: jan. 2021.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 841.526/RS**. Responsabilidade civil do Estado em caso de morte de detento. Informativo 819. Relator: Ministro Luiz Fux, julgamento em 30/03/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo819.htm>>. Acesso em: jan. 2021.

_____. _____. **Súmula Vinculante nº 56**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: jan. 2021.

CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário**. In: GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de (Org.). Cárcere Sem Fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

_____. **Pena e Garantias**. 3ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

_____. **Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo**. In: CARVALHO, Salo de (Coordenador). Crítica à Execução Penal. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014 (1975).

FRAGOSO, Heleno Claudio. **A Perda da Liberdade: Os direitos dos presos**. 2017. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo71.pdf>. Acesso em jan. 2021.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

_____. **Encarceramento em massa e os terraplanistas do Direito Penal**. Tribuna da Defensoria. Revista Consultor Jurídico, 2 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/tribuna-defensoria-encarceramento-massa-terraplanistas-direito-penal>>. Acesso em jan. 2021.

LOPES JR, Aury. **Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista**. In: CARVALHO, Salo de (Coordenador). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010 (1977).

PRADO, Geraldo. **A Execução Penal e o Sistema Acusatório**. In: CARVALHO, Salo de (Coordenador). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. **O Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais e o Sistema Carcerário Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD, v.1, n.20, 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1513>>. Acesso em jan. 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ n. 18, 2010. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1373>>. Acesso em jan. 2021.

_____. **Política criminal neoliberal e execução da pena**. In: GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de (Org.). *Cárcere Sem Fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

_____. **Um princípio para a execução penal: *numerus clausus***. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Revista Liberdades, nº 15, janeiro/abril de 2014. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/458/1>>. Acesso em jan. 2021.

ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: Limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil**. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A Crise de Legalidade na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007

SILVEIRA, Alex. **Mutirão carcerário deve abrir 500 vagas no sistema prisional do Paraná.** Gazeta do Povo, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/parana/mutirao-carcerario-deve-abrir-500-vagas-no-sistema-prisional-do-parana-1n1blaardqd07if4z0tyqpGBT/>>. Acesso em: jan. 2021.

TAVARES, Juarez. **Parecer na ADPF nº. 347**, 2015. Disponível em <<https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf>>. Acesso em jan, 2021.

VASCONCELOS, Karina Nogueira; RIBEIRO, Natália Vila Pinto. **Ambiguidade do modelo correccional na modernidade: por uma penologia revisionista.** In: GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de (Org.). *Cárcere Sem Fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001 (1989).

