



A FALÁCIA DA PENA E A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: Alternativas frente ao Estado de Coisas Inconstitucional e a decisão do STF no RE 641320/RS¹

Yana Paula Both Voos²
Lisiane Beatriz Wickert³

“(…) À noite, antes de dormir, disse ainda: ‘Nunca temos com os ladrões nem os assassinos. Estes são perigos externos, pequenos perigos. Temos a nós mesmos. Os preconceitos, esses são os ladrões; os vícios, esses são os assassinos. Os grandes perigos estão dentro de nós. Que importa o que ameaça nossa vida ou nossas bolsas?! Preocupemo-nos apenas com o que ameaça nossa alma’.” (Les Misérables, Victor Hugo, 1862).⁴

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema referente à superlotação carcerária do sistema penitenciário brasileiro e a sua crise. Busca-se discorrer primeiramente sobre a pena e suas finalidades para, na sequência, observar de que forma ela vem sendo aplicada nos estabelecimentos penais brasileiros e se efetivamente vem cumprindo com a sua função. Examina-se a importância dos direitos humanos frente à desenfreada violação destes diante da crise no sistema prisional, abordando ainda sobre o Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF nº 347, o Recurso Extraordinário nº 641320/RS e a análise do princípio *numerus clausus* como solução para a superlotação dos estabelecimentos prisionais.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana. Estado de Coisas Inconstitucional. Sistema penitenciário. *Numerus clausus*.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é norteada por diversas legislações, as quais garante ao cidadão direito e deveres, incumbindo-os de cumprir estes últimos, para que não lhe seja

¹ Artigo desenvolvido para o V Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia – Novos desafios para a Democracia e para o Desenvolvimento da UNIJUI – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

² Acadêmica do curso de Direito pela UNIJUI – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. yanapaula04@hotmail.com.br.

³ Mestre em Desenvolvimento Gestão e Cidadania e atualmente professora do curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito pela UNIJUI – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, advogada. wickert@unijui.edu.br.

⁴ HUGO, Victor. Os miseráveis: texto integral. Tradução: Regina Célia de Oliveira. Edição especial. São Paulo: Martin Claret, 2014.



imposto uma sanção penal. A partir disso, tem-se que é papel do Direito Penal estabelecer as normas jurídicas e os bens jurídicos garantidos por ele, possuindo uma grande missão frente ao Estado Democrático de Direito, insculpido na Carta Constitucional de 1988.

A partir da violação de uma norma jurídica, surge a sanção penal, ou seja, a pena ao qual o indivíduo será submetido acaso condenado. Uma das penas aplicadas em nosso ordenamento jurídico é a pena privativa de liberdade, mais conhecida como pena de prisão. Para o indivíduo que se submeter ao cumprimento desta pena, a Constituição Federal do Brasil de 1988 consagrou alguns princípios, os quais não poderão ser violados pelo Estado, quais sejam: “a não aplicação de penas cruéis”, “respeito à integridade física e moral do apenado”, “não submissão à tortura ou tratamento desumano ou degradante” e principalmente, “assegurar a dignidade da pessoa humana”.

Ocorre que com o encarceramento em massa que vem agravando-se em nossa sociedade, o sistema carcerário entrou em declínio, atingindo o maior contingente populacional já visto na história do sistema prisional brasileiro, gerando assim uma crise no sistema penal, e conseqüentemente, violando e desrespeitando os princípios e garantias dos apenados, seja em sede de aplicação, seja em sede de execução penal, tornando-se um verdadeiro “Estado de Coisas Inconstitucional”, como será visto durante o trabalho.

A violação dos direitos humanos nos estabelecimentos prisionais é corriqueiro, agravando a crise pela qual o sistema vem passando. A partir disso, é necessário enfrentar estas questões buscando alternativas para a superlotação e assim, diminuir a população carcerária, respeitando os direitos e garantias de quem está cumprindo a pena, além de assegurar a sua principal função, qual seja, a ressocialização do apenado.

Diante disso, busca-se uma solução para a situação, de forma que as penas sejam cumpridas de acordo com os princípios fundamentais e observada a dignidade da pessoa humana, vindo ainda ao encontro de uma solução para reduzir o contingente da população carcerária, proposta esta revelada pelo princípio do *numerus clausus*, como método de amenização do problema ora proposto e também já apreciada em sede de julgamento pela nossa Suprema Corte.

O presente estudo utilizou-se da pesquisa do tipo exploratória, baseada no estudo bibliográfico para entendimento do tema, além da análise de dados do sistema penitenciário



brasileiro para averiguação da real situação dos presídios e de julgados que enfrentaram o tema e assim o consolidaram.

1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO E SEU CARÁTER RESSOCIALIZADOR

Abordar acerca do Direito Penal é, de certa forma, abordar sobre a violência em nossa sociedade, visto que o Direito Penal apresenta-se como “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”, segundo Cezar Roberto Bittencourt (p. 32, 2011), normas estas que tornam possível a convivência humana.

Para Juarez Cirino dos Santos (p. 421, 2017), “o Direito Penal representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação”. Desta forma, para o mencionado doutrinador, o que deveria ser uma política criminal positiva do Estado, tornou-se uma política penal negativa a partir do Código Penal e das leis complementares, já que “a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, [...] representam a única resposta oficial para a questão criminal” (CIRINO DOS SANTOS, p. 421, 2017). Sociologicamente, para Davi André Costa Silva (p. 48, 2017) tem-se que o Direito Penal é um instrumento com fim de controlar comportamentos desviados.

Para Cesare Beccaria (p. 12, 2012):

leis são condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração, elas sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança. A soma de todas essas porções da liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal.

Esses conceitos em que o Estado legisla e estabelece quais são os possíveis delitos e suas respectivas sanções em seu ordenamento jurídico, são provenientes da sociedade moderna, visto que pela exegese da sociedade primitiva, a reação pelo mal causado não era somente uma redistribuição, e sim, uma vingança, a qual tinha como grande, se não principal característica, a desproporção entre “a agressão e o revide” (COSTA SILVA, p. 55, 2017), sem preocupação com “justiça”.



Inicialmente, na chamada fase da vingança divina, os fenômenos naturais maléficos eram tidos como manifestações divinas (BITENCOURT, p. 59, 2011) e os argumentos que sustentavam esta tese, eram de que, segundo Costa Silva (p. 55, 2017) “os ofendidos eram os próprios deuses e o aplicador da punição, os sacerdotes”. Dessa forma, a punição era com requintes de crueldade, consistindo, muitas vezes, no sacrifício da própria vida do infrator.

Com a evolução social e a organização do homem em família ou em grupo societário, surgiu a necessidade de serem estabelecidas regras mínimas de convivência, as quais, quando desrespeitadas, sugeriam penas corporais, banimento e até a morte, ocasionando assim, o surgimento da vingança privada. Um dos maiores exemplos desta tese é a lei de talião, a qual determina a reação proporcional ao mal praticado.

Porém, a partir do momento em que o Estado começa a melhorar a organização social, ele afasta a vingança privada, e avoca para si o dever de manter a ordem e a segurança social. Tinha como objetivo a “segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade [...]” (BITENCOURT, p. 61, 2011).

A partir do *Século das Luzes* – meados do século XVIII – o homem passa a se nortear pela razão, enfraquecendo o absolutismo que reinava na época, e de acordo com Costa Silva (p. 59, 2017) “buscando justificativas terrenas e racionais para a imposição da pena”. Assim, para Bitencourt (p. 69, 2011):

as correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fieis representantes, realizam uma severa crítica dos excessos imperantes na legislação penal [...]. A pena deve ser proporcional ao crime [...].

Assim, os filósofos franceses tiveram um destaque especial no *Iluminismo*, podendo citar como principais Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham. Cesare Beccaria⁵ publicou em 1764 o famoso *Dei Delitti e delle Pene*, no qual pugna que é melhor prevenir o crime do que castigar, sendo que “o método mais seguro de prevenir crimes é aperfeiçoar o sistema educacional” (BECCARIA, p. 122, 2012). Assim, Beccaria edifica um sistema criminal que substituirá o cruel e degradante que vinha sendo usado com o decorrer do tempo, expondo ideias sobre a prisão, as quais contribuiram para o processo de humanização e de racionalização das penas privativas de liberdade, com princípios reabilitadores e ressocializadores.

⁵ Cesare de Bonesana ou Marquês de Beccaria (1738-1794), famoso penalista italiano, representante do Iluminismo Penal.



Neste mesmo sentido, preceitua Michel Foucault (p. 120-121, 1987):

[...] o que se encontra são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a “suavidade”, como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais o corpo, com o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplícios; que seja o espírito ou antes um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente mas com necessidade e evidência no espírito de todos. [...] E vemos bem o que se deve entender por esse termo: o correlato de uma técnica de poder. Dispensam-se as velhas “anatomias” punitivas.

John Howard⁶, de acordo com Bitencourt (p. 72, 2011) teve uma atenção especial aos problemas penitenciários, dando maior importância ao processo de humanização e racionalização das penas, fundando-se no sentido humanitário de que havia a necessidade de serem construídos estabelecimentos prisionais que fossem adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade e cumprissem com o papel de “reformatar” o delinquente.

Nesse mesmo sentido, Jeremias Bentham⁷ afirmava que o “o fim principal da pena era prevenir delitos semelhantes” (BINTENCOURT, p. 74, 2011). Também interessava-se pelas condições das prisões e pelos problemas penitenciários, reiterando que as condições inadequadas e o ambiente ocioso faziam com que os homens saíssem da prisão impelidos outra vez pelo delito.

Desta forma, faz-se necessário destacar que a pena e o Estado estão intimamente ligados, visto que o Estado se utiliza da pena para assegurar a boa convivência dos homens em sociedade. Conforme preceitua Bittencourt (p. 97, 2011) “o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica”. Assim como o Estado evoluiu, o Direito Penal evoluiu, e conseqüentemente, as funções da pena foram evoluindo também no decorrer dos anos (ou séculos).

A partir desta evolução, surgiram três principais correntes sobre a função da pena. A primeira corrente, mais conhecida como absolutas ou retributivas, destacando-se por seus

⁶ Sheriff de Bedford (1725-1790), pioneiro na corrente penitenciarista preocupada em construir estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

⁷ Filósofo e jurista (1748-1832), buscava um sistema de controle social e de comportamento humano de acordo com princípios éticos. Foi idealizador do “Panóptico”, defendendo a importância da arquitetura penitenciária.



representantes, Kant⁸ e Hegel⁹, sendo uma forma de retribuição de culpabilidade, impondo um “mal justo contra o mal injusto do crime” (CIRINO DOS SANTOS, p. 423, 2017). Neste sentido, a retribuição seria no mesmo sentido do delito cometido, tendo como base a lei de talião abordada anteriormente.

A segunda teoria, conhecida como preventiva ou relativa, pode ser dividida em duas espécies: especial ou geral. A teoria preventiva geral, tinha por objetivo “evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna” (CIRINO DOS SANTOS, p. 427, 2017). Assim, fundamenta-se na ideia da utilização do medo e a razoabilidade da racionalidade humana, de forma que a comunidade inteira sinta-se intimidada e assim, inibindo a prática de delitos e reforçando a confiança na ordem jurídica.

Já a teoria preventiva especial, buscava evitar o delito como na teoria preventiva geral, mas dirigindo-se exclusivamente ao delinquente, sentenciando o sujeito de modo que seja “necessário e suficiente para prevenir o crime” (CIRINO DOS SANTOS, p. 426, 2017) e executando a pena com objetivo de “promover a harmônica integração social do condenado” (CIRINO DOS SANTOS, p. 426, 2017).

A terceira e última teoria, conhecida como mista ou teorias unificadas, como o próprio nome diz, conjugam as outras teorias, representando a retribuição do injusto, a prevenção especial pela correção e neutralização do autor e a prevenção geral, intimidando criminosos potenciais pelo reforço da segurança jurídica.

Desta forma, pode-se afirmar que o principal intuito da pena seria o de “educar”, “limitar”, “intimidar” o delinquente, de forma que o mesmo possa assim ser ressocializado e passar a conviver de forma normal na sociedade, sem voltar a delinquir. Segundo Bitencourt (p. 118, 2011) “a ressocialização do delinquente implica um processo comunicacional interativo entre indivíduo e sociedade”.

Assim, como resposta penalógica para a ressocialização e reforma do delinquente, surgiu a prisão. De acordo com Guilherme de Souza Nucci (p. 55, 2014) “a prisão, como pena privativa de liberdade, surgiu apenas a partir do Século XVII, consolidando-se no Século XIX”.

⁸ Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo prussiano.

⁹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-17831) foi um filósofo alemão, crítico ao iluminismo.



Segundo Bitencourt (apud Nucci, p. 55, 2011) “até essa época, utilizava-se a prisão como meio de guardar os réus, preservando-os fisicamente até que houvesse o julgamento”.

Assim, a pena de privação de liberdade atendia fins de custódia, diferente do que se atingiu a partir do século XIX, onde se acreditou que a partir do sistema carcerário, pela prisão, poderia se ter um meio adequado de conseguir a reforma do delinquente, tendo assim, objetivo ressocializador.

De acordo com a Criminologia crítica, a prisão surgiu como necessidade do sistema capitalista, punindo mediante privação de liberdade, onde o tempo manifesta a relação entre o crime e a punição, “o tempo é critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito” (PASUKANIS apud Cirino dos Santos, p. 461, 2017).

Desta forma, para Foucault (apud Cirino dos Santos, p. 461, 2017) a prisão funciona como um aparelho jurídico econômico que cobra a dívida pelo tempo que vai suprimir sua liberdade, e como aparelho técnico disciplinar, para transformar individualmente o condenado.

Nesse sentido, outras teorias acerca da finalidade da pena acabam surgindo (como a teoria agnóstica e a teoria materialista da pena), teorias estas que refutam as teorias legitimadoras da pena e destacam, em síntese, o não cumprimento de nenhuma das finalidades da pena legitimamente declaradas.

Infelizmente, o principal objetivo da pena privativa de liberdade, qual seria o da função ressocializadora, tem-se mostrado pouco (ou nada) eficiente no contexto atual da sociedade brasileira. Desta forma, o Estado não cumpre seu papel e nem proporciona as condições ideais para que a pena privativa de liberdade tenha seu objetivo atingido, impossibilitando a reabilitação dos presos e não prevenindo a criminalidade exacerbada.

2 A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO, O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DO NUMERUS CLAUSUS

O Direito Penal, assim como os outros ramos do direito, é regido por princípios, que norteiam a interpretação e a aplicação do direito. De acordo com Guilherme de Souza Nucci (p. 61, 2014) os princípios formam um sistema próprio que passam a se autorregular. Para Juarez Cirino dos Santos (p. 21, 2017):



O Direito Penal das sociedades contemporâneas é regido por princípios constitucionais sobre crimes, penas e medidas de segurança, nos níveis de criminalização primária e criminalização secundária, indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado.

Diante disso é necessário destacar que, segundo Nucci (p. 61, 2014), “a) há integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais; b) coordenam o sistema de princípios [...] mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais: dignidade da pessoa humana e devido processo legal.” Discorre ainda o referido autor que “nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados” (p. 62, 2014), tratando então, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar de todo ordenamento jurídico.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, deduz-se o princípio da humanidade, sendo ele um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe em seu artigo primeiro, no título dos princípios fundamentais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

Segundo Zaffaroni (apud Bitencourt, p. 47, 2011) o princípio da humanidade determina que qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física deve ser tido como inconstitucional. De acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig (p. 14, 2017), vem ao encontro deste princípio o artigo quinto, inciso três da Carta Magna, baseado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, o qual veda o tratamento desumano ou degradante e a tortura.

Entretanto, o princípio abordado não trata somente sobre a proibição da aplicação de penas cruéis, mas também refere-se a proibição da execução cruel aos condenados, como cita exemplo Zaffaroni (apud Cirino dos Santos, p. 32, 2017) “as condições desumanas e indignas, em geral, de execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras.”



Observa-se um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico ser dilacerado e rebaixado em nossos estabelecimentos prisionais, o que vem causando grave crise no sistema. Verifica-se que o apenado é objetizado, tendo sua “dignidade” roubada pelas prisões e pela falácia da ressocialização na pena privativa de liberdade, tendo como violador o próprio Estado, agente este que deveria ser o garantidor da aplicação dos princípios constitucionais.

Rogério Greco (p. 103, 2011) traz diversos exemplos da violação da proteção da dignidade do preso, violação esta que muitas vezes tem como principal agente o Estado:

Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc.

Diante desta crise no sistema prisional e violação dos direitos dos presos, que não só viola a dignidade da pessoa humana ou o princípio da humanidade mas diversos outros direitos fundamentais, depara-se com o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”. O Estado de Coisas Inconstitucional surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada “Sentencia de Unificación (SU)”, que de acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), ocorre quando:

existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.

Partindo destes pressupostos e reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, tendo como finalidade coibir as lesões aos direitos e garantias dos presos, direitos estes constitucionalmente previstos. O Plenário do STF, em 09 de setembro de 2015, reconheceu que no sistema prisional brasileiro há violação generalizada de direitos fundamentais, visto que as penas acabam sendo cruéis e desumanas, porém, até agora ainda não julgou definitivamente a Arguição, tendo apenas deferido algumas medidas liminares.

Um dos graves problemas que afrontam os direitos dos presos e que ocorre em praticamente (se não em todos) os estabelecimentos prisionais brasileiros é a superlotação



carcerária. De acordo com dados do Ministério da Justiça, a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – de junho de 2014, o sistema penitenciário conta com o número de 604.731 presos, número este consideravelmente superior ao número de vagas, qual seja, 377 mil, totalizando um déficit de 231.062 vagas.

Diante dessa situação calamitosa, onde as penas estão sendo executadas de forma repugnante e intolerável, faz-se necessário encontrar soluções para ao menos amenizar a crise pela qual passa os estabelecimentos prisionais, influenciada pela superlotação, de modo que a pena privativa de liberdade cumpra de modo efetivo o seu papel, qual seja, ressocializar o preso para que este possa ser reinserido novamente na sociedade.

A construção de novos presídios ou a ampliação destes para aumentar o número de vagas seria uma das possibilidades para dar tratamento mais humano aos que encontram-se em regime de cumprimento de pena e por consequência, reduziria a superlotação carcerária. Porém, esta é uma visão geral, e, em especial, do Poder Executivo: construir novos presídios para resolver o problema da superlotação do sistema carcerário.

Ocorre que esta solução requer uma disponibilidade financeira muito grande por parte do Estado e requer um tempo considerável para ser posto em prática, além de não ser uma solução para o descontrole do quadro de superlotação, tornando-se somente uma medida paliativa. Nesta mesma linha, segue a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 580252, como repercussão geral, em 11 de setembro de 2017, determinando que o Estado deve pagar R\$ 2 mil de indenização por danos morais aos presos em situação degradante.

Estas soluções são medidas paliativas, as quais reduzirão e aliviarão os efeitos negativos causados pela violação dos direitos dos presos, porém, não modificarão a sua causa. Desta forma, torna-se indispensável uma alternativa de urgência, que venha a refletir de forma considerável na atual situação.

Uma alternativa que vem tomando força é a aplicação do princípio chamado *numerus clausus*. Tem-se por definição, de acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig (p. 35, 2017):

como o princípio ou 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.

Desta forma, o *numerus clausus* (ou número fechado ou capacidade prisional taxativa) se baseia em um número exato de vagas e de presos em um estabelecimento carcerário. Assim, o número de vagas a ser disposto, será compatível a execução penal adequada, de forma digna e respeitosa, visto que a partir deste sistema, não há que se falar em ultrapassar o número de vagas estabelecidas.

A partir desta teoria, diante de uma sentença condenatória com pena privativa de liberdade em regime de reclusão, ou mesmo de detenção, o condenado terá sua vaga no estabelecimento prisional assegurada. Porém, se as vagas estiverem em sua totalidade ocupadas, será necessário retirar um preso com “melhor desempenho carcerário”, que vem progredindo e mostrando bom comportamento, para que o novo apenado possa cumprir sua pena. Tem-se assim, o *numerus clausus* progressivo.

Desta forma, de acordo com o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, na nota técnica nº03/2014, pode-se definir o *numerus clausus* progressivo como um sistema de transferência em cascata, onde o preso do regime fechado vai para o semiaberto; outro do regime semiaberto vai para o aberto (ou prisão domiciliar); e de algum desses regimes para o livramento condicional, até que o preso seja eliminado do círculo detentivo e ingressando no círculo de liberdade.

Neste sentido, Roig (p. 39, 2017) pontua a necessidade dos requisitos serem bem definidos, para que não ocorram injustiças e subjetivações:

Como requisito subjetivo restaria então a verificação do índice comportamental da pessoa presa [...]. Como requisito objetivo, figuraria a maior proximidade temporal de atingimento da progressão de regime [...].

Este sistema possui um número taxativo de vagas, o qual deve ser respeitado para que possa ter seu principal objetivo atingido, qual seja o de reduzir o número de detentos e por conseguinte, dar fim ao ambiente de superlotação dos estabelecimentos prisionais, tema este que é tão presente nos estudos jurídicos e vem sendo discutido inclusive pela Suprema Corte.

A falta de vagas no sistema prisional nos regimes de cumprimento de pena, foi alvo de julgamento do Recurso Extraordinário nº 641320/RS, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes e foi julgado em 11 de maio de 2016, em sede de repercussão geral. No presente recurso, foram julgadas três teses a respeito da superlotação carcerária e a falta de vagas.



A primeira tese analisada pelo Egrégio Tribunal abordava sobre “a ausência de vagas na unidade prisional adequada e cumprimento de pena no regime mais gravoso”. Diante disso, o déficit de vagas para o indivíduo no estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, de acordo com o Rel. Min. Gilmar Mendes. O Supremo Tribunal Federal afirma que o sistema progressivo de cumprimento de pena não está funcionando, em virtude da falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto. Em razão disso, detecta-se aqui um “excesso de execução”, o que traz violações a garantias constitucionais e aos direitos dos apenados.

A segunda situação abordada pelo STF é o “conceito de estabelecimento similar e de estabelecimento adequado”, em razão do artigo 33 §1º, alínea b e c, do Código Penal fazer menção a estes estabelecimentos:

- Art. 33 – [...]
§ 1º - Considera-se:
b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O que ocorre é que praticamente inexistem as colônias agrícolas e as casas de albergado. Assim, o STF decidiu que os magistrados possuem competência para verificar, no caso concreto, os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualifica-los como adequados para tais.

A terceira e última tese analisada foi em relação ao “déficit de vagas no estabelecimento adequado e medidas que deverão ser tomadas”. Para tal situação, decidiu o STF que, havendo déficit de vagas, deve ser determinada: a) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; b) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progrida ao regime aberto.

O objetivo da saída antecipada, do monitoramento eletrônico e cumprimento de penas restritivas de direito ou progressão ao regime aberto é fazer com que surjam novas vagas nos regimes semiaberto e aberto, visto que a falta de vagas advém em virtude de um sentenciado estar ocupando aquele lugar e com a antecipação da saída dele, abre vaga para aquele que acaba de progredir.

Ainda, é importante ressaltar que os beneficiados com a saída antecipada ou com as penas alternativas devem ser escolhidos com base em critérios, na mesma linha em que pugna Roig (2017), devendo então serem satisfeitos os requisitos subjetivos (bom comportamento) e próximos de atingir o requisito objetivo (progressão de regime ou cumprimento total da pena).

Diante disso, resta nítido que a atual situação carcerária brasileira fez com que nossa Suprema Corte tomasse medidas que vão de encontro ao princípio do *numerus clausus* progressivo, analisado anteriormente. A introdução deste princípio no sistema de execução penal brasileiro é necessária em razão do Estado de Coisas Inconstitucional que tornou-se o sistema carcerário, trazendo assim, uma forma de redução no contingente populacional prisional.

Nesse sentido, preceitua Roig (p. 39, 2017):

Na atual conjuntura penitenciária, a adoção desse princípio ou sistema aparece como instrumento de recondução da execução penal a um status de conformidade constitucional, sempre que estiver caracterizada a imposição de encarceramento em condições contrárias ao senso de humanidade. Isso porque não se pode admitir que o interesse do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva ou executória justifique a ruptura de direitos fundamentais. E mais, é impensável que o Estado esconda sua ineficiência com o sacrifício dos direitos fundamentais.

A partir destas constatações, resta nítido que a ideia do *numerus clausus* frente à crise do sistema carcerário pode ser considerado como uma possível solução, visto que reflete, não só na estrutura dos estabelecimentos prisionais, mas principalmente, nos direitos e garantias fundamentais dos apenados, que muito foram e continuam sendo violados. Com uma devida readequação do sistema prisional é possível que a pena venha a atingir seu objetivo primordial, qual seja a ressocialização, tratando o indivíduo como ser humano, e assim, assegurando um dos princípios fundamentais abarcados em nossa Carta Magna, a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado é responsável por executar a pena e assegurar os direitos abarcados em sua Carta Constitucional, além dos outros por ele consagrados. Porém, o que se observa é que a situação brasileira vem se mostrando totalmente contrária ao que deveria ser assegurado, configurando-se como um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional.

O sistema prisional brasileiro atingiu o ápice de descumprimento e violação dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana ao ter presídio superlotados, sem condições mínimas



de salubridade para os apenados. Deste modo, este é o reflexo da atual crise do sistema carcerário, onde o indivíduo não é tido como tal, sendo visto como “mais um”, objetificado, e assim, tratado de forma desumana e miserável.

Diante disso, a função da pena, com seu caráter ressocializador e de reinserção, não cumpre seu papel, visto que isso somente poderia ser concretizado em um ambiente digno, onde os direitos dos apenados não são violados intermitentemente. Assim, a partir do presente estudo, buscou-se encontrar uma possível alternativa para os estabelecimentos prisionais brasileiros, pela utilização do princípio *numerus clausus* como solução real e possível, refletindo de modo intenso, não somente sobre a estrutura carcerária, que terá um contingente populacional reduzido, mas principalmente para o apenado, que terá seus direitos e garantias reestabelecidos e não mais violados.

Portanto, a aplicação do referido princípio reduzirá a população carcerária, visto que possui um número taxativo de vagas, de forma que seja compatível com a sua estrutura e que não viole nenhuma garantia dos apenados, melhorando assim, a situação dos presídios em si, e principalmente, influenciando na recuperação dos apenados, reeducando-os, recuperando-os e buscando reinseri-los na sociedade, cumprindo assim, seu papel de cunho social e humano.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1. ed. São Paulo: Hunter Book, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 641320. Relator Ministro Gilmar Mendes. Rio Grande do Sul, 11 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm>>. Acesso em 18. set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 580252. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Mato Grosso do Sul, 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20. set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** nº 347. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 18. set. 2017.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17. set. 2017.



_____. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 18. set. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 17. set. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 20. ago. 2017.

_____. **O que fazer se não existem vagas suficientes nos regimes semiaberto ou aberto para todos os detentos? Entenda a decisão do STF sobre o tema.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/05/o-que-fazer-se-nao-existem-vagas.html>>. Acesso em: 31. ago. 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal:** parte geral. 7 ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. **Imprescindibilidade da adoção do Princípio ou Sistema de Numerus Clausus.** Nota Técnica nº 03/2014.

Comissão especializada em execução penal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. Disponível em: <<http://www.condege.org.br/2014-06-03-01-04-58/notas-tecnicas.html?download=46:imprescindibilidade-da-ado%C3%A7%C3%A3o-do-princ%C3%ADpio-ou-sistema-de-numerus-clausulus>>. Acesso em: 19. set. 2017.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

HUGO, Victor. **Os miseráveis:** texto integral. Tradução: Regina Célia de Oliveira. Edição especial. São Paulo: Martin Claret, 2014.

INFOPEN. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Dados consolidados 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 17. set. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Davi André Costa. **Manual de direito penal:** parte geral. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.