

## **NUMERUS CLAUSUS: DE PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO PENAL A REGRA DE DIREITO FUNDAMENTAL**

*‘NUMERUS CLAUSUS’: FROM A PRINCIPLE OF PENAL  
EXECUTION TO A RULE OF FUNDAMENTAL RIGHT*

*João Vitor Flavio de Oliveira Nogueira*

*(Mestre em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná/UFPR.*

*Assessor na Defensoria Pública do Estado do Paraná)*

*joao.flavio@ufpr.br*

*Rafael Ferreira Bizelli*

*(Mestre em Direito - Universidade Federal de Uberlândia/UFU. Defensor*

*Público do Estado de Minas Gerais)*

*rafael.bizelli@defensoria.mg.def.br*

### **RESUMO**

Este artigo tem o objetivo de apresentar as relações entre os usos do termo *numerus clausus* no debate sobre direitos fundamentais e como princípio da execução penal. Metodologicamente, o artigo parte de revisão bibliográfica, com pesquisa realizada por meio do método analítico-dedutivo, em especial, a partir das referências ao uso do termo pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na década de 1970. Com esta abordagem, inicia-se por meio da retomada do significado que *numerus clausus* carrega dentro do debate constitucional e sua interação com a teoria da “reserva do possível”. Em sequência, traça-se a origem do uso do *numerus clausus* na execução penal como alternativa à situação penitenciária e à falta de vagas que atinge o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Na seção posterior, aborda-se o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” (ADPF 347) e a aplicação do *numerus clausus* no sistema socioeducativo como “estratégia de gestão” pelo Supremo Tribunal Federal. Diante da indeterminação do termo em razão dos usos como princípio, sistema, lógica e “estratégia de gestão”, propõe-se a utilização do *numerus clausus* como regra de direito fundamental, a partir da teoria de Robert Alexy. Ao final, recorre-se à conexão com a dignidade da pessoa humana, à manutenção do mínimo existencial e aos destinatários dos direitos fundamentais para pensar sobre a jusfundamentalidade do *numerus clausus* em face do estado

de desconformidade constitucional ao qual as pessoas custodiadas pelo Estado brasileiro são submetidas.

**Palavras-chave:** *Numerus clausus*. Direitos fundamentais. Execução penal. Sistema penitenciário. Superlotação carcerária.

## ABSTRACT

This article aims to present the relationships between the uses of the term *numerus clausus* in the debate on fundamental rights and as a principle of penal execution. Methodologically, the article is based on a literature review, with research conducted using the analytical-deductive method, focusing in particular on references to the use of the term by the German Federal Constitutional Court in the 1970s. With this approach, it begins, then, by resuming the meaning that *numerus clausus* carries within the constitutional debate and its interaction with the “reservation of the possible” theory. In sequence, the origin of the use of *numerus clausus* in penal execution is traced, as an alternative to the penitentiary situation and the lack of vacancies that affects the existential minimum and the dignity of the human person. In the subsequent section, the recognition of the “unconstitutional state of affairs” (ADPF 347) and the application of *numerus clausus* in the socio-educational system as a “management strategy” by the Federal Supreme Court are discussed. Given the indeterminacy of the term due to its uses as a principle, system, logic and “management strategy”, it is proposed to use *numerus clausus* as a rule of fundamental right, based on the theory of Robert Alexy. In conclusion, the connection is made with the dignity of the human person, the maintenance of the existential minimum, and the recipients of fundamental rights to consider the jusfundamentality of *numerus clausus* in the face of the constitutional nonconformity experienced by individuals in custody under the Brazilian state.

**Keywords:** *Numerus clausus*. Fundamental rights. Penal execution. Prison system. Prison overcrowding.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O *NUMERUS CLAUSUS* E O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS CUSTODIADOS PELO ESTADO: DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” (ADPF 347/2015) AO *NUMERUS CLAUSUS* COMO “ESTRATÉGIA DE GESTÃO” (HC 143.988/ES). 3. É POSSÍVEL QUE O *NUMERUS CLAUSUS* CONSTITUA UMA REGRA DE DIREITO FUNDAMENTAL? CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Data de submissão: 24/10/2025

Data de aceitação: 13/05/2026

## INTRODUÇÃO

O termo *numerus clausus* remete a precedentes históricos dentro do debate constitucional e carrega uma carga de significados vinculados aos direitos fundamentais. Além de nomear casos julgados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>1</sup> e ser referido enquanto uma sistemática adotada no raciocínio das decisões, a expressão *numerus clausus* aparece atrelada à ideia de efetividade dos direitos fundamentais, especialmente a partir das prestações materiais do Estado. Nesse sentido, o termo que em latim significa “número fechado” surge acompanhado da teoria constitucional da “reserva do possível”.

O primeiro caso emblemático e que confere destaque ao *numerus clausus* no debate constitucional da Alemanha diz respeito à possibilidade de restrição à admissão no ensino superior, em razão da limitação do número de vagas, com justificativa na indisponibilidade de recursos pelos cofres públicos. Na decisão de 1972, o Tribunal Constitucional reconheceu a legitimidade das regras *numerus clausus* que “fixavam requisitos específicos para o ingresso”<sup>2</sup> nas universidades, de modo a restringir a oferta de vagas diante da demanda. Além disso, ao tratar das referidas regras aplicadas aos cursos

<sup>1</sup> “*Numerus clausus I* ou precedente BVerGE 33, 303, de 1973” e “*Numerus clausus II* ou precedente BVergGE 43, 291, de 1977”. SGARBOSSA, L. F. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, 2010, p. 133.

<sup>2</sup> PEREIRA, A. L. P. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e democracia*, 2009, p. 6.

de Medicina, a Corte alemã explica que “tinham por fundamento não só a incompatibilidade entre a oferta e a demanda de vagas, mas, também, a necessária manutenção de uma estrutura adequada das instituições”<sup>3</sup>.

A controvérsia constitucional, que inclusive foi nomeada de *Numerus clausus I*, fundava-se, por um lado, na pretensão de acesso às vagas universitárias com base no artigo 12, parágrafo 1º, da Lei Fundamental de Bonn<sup>4</sup>. Contudo, a partir da decisão da Corte tedesca, concluiu-se que, “se a capacidade de absorção existente nas universidades se havia esgotado, então o alargamento do ingresso no ensino superior deveria acontecer dentro do possível e obedecendo a uma sequência controlada”<sup>5</sup>.

Disso se nota que a inserção do *numerus clausus* no debate constitucional acompanha a construção teórica do que a doutrina traduziu como “reserva do possível”. Sobre este termo, Caroline Bitencourt explica que o Tribunal Constitucional utilizou a expressão “*Vorbehalt des Möglichen*” para “fazer menção àquilo que a sociedade pode exigir do Estado, ou seja, do que é proporcional/razoável que a sociedade exija do Estado Social Alemão”<sup>6</sup>. Nesse sentido, a “reserva do possível” passou a significar um tipo de “limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”<sup>7</sup>.

Ainda sobre o *Numerus clausus I*, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo destacam que a Corte alemã “firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”<sup>8</sup>. Ao analisar o caso, Luís Fernando Sgarbossa explica que “há um apelo expresso na decisão-paradigma à necessidade de racionalidade nas expectativas individuais baseadas em

<sup>3</sup> PEREIRA, A. L. P. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e democracia**, 2009, p. 7.

<sup>4</sup> “Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a sua profissão, seu emprego e sua instituição de formação.”

<sup>5</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 13.

<sup>6</sup> BITENCOURT, C. M. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2014, p. 217.

<sup>7</sup> SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2010, p. 30.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 29.

direitos fundamentais”<sup>9</sup>. Ao Estado, então, “não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”<sup>10</sup>. Percebe-se, assim, que o recurso à razoabilidade para medir o que se pode exigir do Estado (e, aqui, um Estado social) constitui um ponto central na base teórica do raciocínio jurídico das decisões que legitimaram o *numerus clausus*.

Apesar da repercussão que esses julgados possuem no direito constitucional, a referência à regra do *numerus clausus* não se restringe apenas à limitação das vagas em cursos universitários oferecidos pelo Estado. Em 1989, na França, o então deputado Gilbert Bonnemaïson encaminhou ao Ministro da Justiça um relatório nomeado “La modernisation du service public pénitentiaire”. Entre as propostas que se voltavam ao sistema penitenciário francês, havia a presença do *numerus clausus*, que “consistia na obrigatoriedade de que o número de presos em um estabelecimento penal atendesse ao número exato (fechado) de vagas disponíveis”<sup>11</sup>. Como explica Rodrigo Roig, segundo a proposta do Relatório Bonnemaïson, “uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica”<sup>12</sup>.

Assim, se na doutrina dos direitos fundamentais além o *numerus clausus* nomeia um caso paradigmático que remete à limitação de vagas universitárias, na execução penal o *numerus clausus* surge como uma proposta que também remete à limitação de vagas, porém, do sistema carcerário. Desse modo, nos dois contextos fático-jurídicos, verifica-se a relação entre a oferta de “prestação material” do Estado (ensino superior e cumprimento adequado da pena) e as demandas individuais por direitos fundamentais (direito à educação e direito ao cumprimento digno da pena).

A pesquisa parte, então, das relações entre os usos do termo *numerus clausus*, investigando as referências a tal conceito no sistema penitenciário, com

<sup>9</sup> SGARBOSSA, L. F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**, 2010, p. 137.

<sup>10</sup> SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2010, p. 29.

<sup>11</sup> ROIG, R. D. E. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, jan./abr. 2014, p. 104.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 104.

enfoque principal na sua apresentação como princípio da execução penal. Com a aplicação do método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica e de análises de decisões do Supremo Tribunal Federal que revelam uma indeterminação dos usos do *numerus clausus*, a pergunta que move a pesquisa é: mais do que um princípio da execução penal, uma lógica, um instrumento ou uma estratégia de gestão, é possível que o *numerus clausus* constitua uma regra de direito fundamental de toda pessoa submetida à custódia do Estado punitivo brasileiro?

## 1. O *NUMERUS CLAUSUS* E O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL

O *numerus clausus* como solução à falta de vagas no sistema penitenciário, conforme brevemente anunciado, tem origem na França. Sobre a história do relatório do deputado Gilbert Bonnemaïson encaminhado ao Ministro da Justiça, Rodrigo Roig assim define: “Estava lançada uma proposta concreta de contenção da presença de mais presos do que a capacidade de vagas no cárcere”<sup>13</sup>. A rigor, embora não seja estritamente o objeto deste trabalho, o que a proposta também faz é questionar o encarceramento enquanto a principal saída social da prevenção e da repressão à criminalidade.

Muito embora date de 1989, a alternativa do *numerus clausus* já antevia um futuro marcado pelo encarceramento em massa<sup>14</sup>. Em seu artigo “Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*”, publicado em 2014<sup>15</sup>, Rodrigo Roig traça a origem dessa ideia e expõe aplicações no âmbito internacional. Nesse sentido, lista decisões nas quais é possível identificar uma racionalidade jurídica baseada no *numerus clausus*, embora nem sempre com esta nomenclatura.

<sup>13</sup> ROIG, R. D. E. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, jan./abr. 2014, p. 105.

<sup>14</sup> Neste ponto, importa ressaltar a passagem do discurso de Gilbert Bonnemaïson que Roig explora em seu artigo: “[...] direi-lhes antes de mais nada a minha crença, forte ontem, mais forte ainda hoje, que esvaziar as prisões de sua superlotação e criar os meios para proibir a sua reprodução pelo *numerus clausus* é a única maneira de resolver o problema das prisões.” *Ibidem*, p. 106.

<sup>15</sup> O mesmo conteúdo do artigo também integra um dos capítulos de seu livro. Entre os doze princípios da execução penal listados, o *numerus clausus* é o último indicado na obra. ROIG, R. D. E. **Execução penal: teoria e prática**, 2021.

Desde países europeus como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, em que se afirma haver uma “espécie de *lista de espera*”, até os Estados Unidos da América, com decisão da Suprema Corte no sentido de que “os tribunais podem emitir ordens que ponham limites ao número de presos, sempre que necessário para assegurar o respeito a um mandamento constitucional”<sup>16</sup>, a ideia de um “número fechado” de presos dentro do sistema aparece como uma medida de limitação ao tratamento conferido às pessoas privadas da liberdade pelo Estado. Das decisões que Roig analisa, destaca-se a da Corte alemã, que, como explica:

Ao hipotizar a obrigação por parte do Estado de interromper ou renunciar imediatamente à execução da pena no caso de detenções não respeitosas da dignidade humana, o tribunal alemão enfatizou o princípio da superioridade da dignidade da pessoa humana sobre o “direito” de punir estatal<sup>17</sup>.

Interessante notar que Rodrigo Roig, apesar do título de seu artigo, por vezes se refere ao *numerus clausus* como sistema, e não como princípio.

Depois de analisar os casos internacionais, Roig defende ser tecnicamente possível a aplicação do *numerus clausus* na execução penal brasileira. Antes, afirma que, para a devida efetivação, o número de saídas deveria ser maior em relação ao das entradas no sistema carcerário. Para tanto, propõe a criação de uma comissão de acompanhamento, coordenada pelo próprio Juízo da Execução e integrada pelos outros órgãos previstos expressamente na Lei de Execução Penal (LEP), tais como Defensoria Pública, Ministério Público e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Nesse sentido, sobre os métodos de efetivação, Roig esquematiza espécies: *numerus clausus* preventivo, direto e progressivo. Em linhas gerais, no primeiro, evita-se a entrada de novas pessoas no sistema carcerário com a imposição de prisões domiciliares. No direto, deve-se recorrer ao instituto do indulto para aqueles que estiverem mais próximos de atingir liberdade

---

<sup>16</sup> ROIG, R. D. E. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, jan./abr. 2014, p. 109.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 110.

novamente<sup>18</sup>. Por último, no progressivo, chama-se de “transferência em cascata (em cadeia)”, de modo que a alteração de regimes fosse conjugada a “empurrar” quem estivesse no regime menos gravoso a sair do sistema<sup>19</sup>.

Nota-se, então, que qualquer espécie adotada implica a imposição de critérios que poderão ser mais ou menos subjetivos. Mas, antes de construir a sua aplicação, é preciso reconhecer que a “lógica” do *numerus clausus*, como também denomina Rodrigo Roig, aparece “coligada com a relativização da relação Estado-indivíduo”, de modo que, se não existe “vaga suficiente para abrigar com dignidade os presos, não se pode dar seguimento à execução penal”<sup>20</sup>. Trata-se, assim, de uma limitação do poder punitivo estatal, justamente em razão das restrições materiais e da falta do mínimo razoável que se pode exigir do Estado para que uma pessoa fique custodiada.

Se incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, o *numerus clausus* no sistema penitenciário refletirá a cultura do Estado brasileiro. Qualquer instituto jurídico, mesmo que inspirado em uma regra de outro país, não terá seu significado autoexplicativo dentro da cultura que busca importá-lo. Nesse sentido, Pierre Legrand defende que “A regra é, necessariamente, uma forma cultural de incorporação. Como uma acreção de elementos culturais, ela é sustentada por impressionantes formações históricas e ideológicas”<sup>21</sup>.

Portanto, a importância conferida ao *numerus clausus* ressoa o contexto cultural em que foi gestado nosso Estado. Quanto a isso, não se pode desconsiderar, então, análises como a de Thula Pires e Ana Luiza Flauzina, que acentuam o caráter racista do cárcere brasileiro: “O Estado Constitucional brasileiro se formou através da assunção de pessoas negras e indígenas na condição de inimigos, não só na organização do poder punitivo, mas em todos os outros aspectos de seu funcionamento jurídico-

---

<sup>18</sup> Para além do indulto, entre ferramentas jurídicas disponíveis, quando julgou o tema do “Cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado”, no Recurso Extraordinário 641320/RS, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese que trouxe outras alternativas: “Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (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 progride ao regime aberto.”

<sup>19</sup> ROIG, R. D. E. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, jan./abr. 2014, p. 117.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>21</sup> LEGRAND, P. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, jan./jul. 2014, p. 20.

institucional”<sup>22</sup>. Nesse sentido, Débora Regina Pastana aponta que “a figura do estado punitivo” se materializa no “encarceramento em massa e ilegal dos membros das classes populares”<sup>23</sup>.

As duas leituras do viés discriminatório do encarceramento conjugam outros elementos, como a criação de um inimigo racial, o banimento dos miseráveis<sup>24</sup> e a colocação de categorias de “indesejáveis” na zona do “não ser” que o cárcere, nas condições atuais, constitui. Assim sendo, o *numerus clausus* na execução penal não pode ser pensado sem referência a este substrato cultural que ressoa nossa formação histórica, marcada por racismo, tortura e escravidão. O *numerus clausus*, enquanto uma alternativa, situa-se em face de uma estrutura estatal que não comporta mais a razão entre o número de presos e as vagas que o sistema penitenciário possui e que, por consequência, não assegura o minimamente razoável dentro de padrões da dignidade humana.

Neste ponto, importante destacar que a conexão das normas de direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana constitui elemento essencial de distinção em comparação ao que caracteriza as demais normas<sup>25</sup>. Entretanto, apesar de sua relação expressa com a efetivação da dignidade da pessoa humana, a apresentação do *numerus clausus* como princípio da execução penal parece ainda se acanhar em construir uma vinculação direta com os direitos fundamentais dos presos. A suspeita, dada essa realidade cultural, é que o avanço do reconhecimento da “jusfundamentalidade” do *numerus clausus* esbarra na pergunta: quem são os titulares deste direito?

A população carcerária do Brasil, em 30 de junho de 2025, era de 701.637 pessoas. Paralelamente, o déficit de vagas consubstancia o número de 202.296. Entre os estados federados, de forma decrescente, São Paulo, Minas Gerais e Pernambuco lideram a falta de vagas em números. Apenas o estado

---

<sup>22</sup> PIRES, T. R. de O.; FLAUZINA, A. L. P. Constitucionalismo da Inimizade. **Revista Direito e Práxis**, 2022, p. 2830.

<sup>23</sup> PASTANA, D. R. Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. **Civitas**, jan./abr. 2013, p. 44.

<sup>24</sup> Como afirma Débora Regina Pastana: “O grande encarceramento é o retrato do banimento contemporâneo”. Nesse sentido, Pastana descreve a passagem da sociedade disciplinar para a sociedade do controle.” PASTANA, D. R. Vigiar e banir: o declínio da disciplina panóptica na lógica punitiva contemporânea. **Revista Direito e Práxis**, 2016, p. 128.

<sup>25</sup> PINTO E NETTO, L. C. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**, 2016, p. 120.

do Maranhão apresenta superávit de vagas (154). Esses dados constam no Levantamento de Informações Penitenciárias e foram coletados pela Secretaria Nacional de Políticas Públicas (SENAPPEN)<sup>26</sup>. No levantamento da população prisional que resultou no total indicado, considerou-se apenas as celas físicas, com a exclusão do Sistema Penitenciário Federal. No entanto, em relação ao que pretende a aplicação do *numerus clausus*, apenas o número de falta de vagas não traduz toda a realidade do cárcere. Mais gravosa ainda pode ser a proporção de pessoas presas por vagas existentes. Trata-se da “razão preso/vaga”.

Além disso, quanto ao perfil racial da população do cárcere brasileiro, mesmo com o alerta da subnotificação, destaca-se que, apenas em celas físicas, o número de pessoas pardas presas em 2023 era de 303.202. Brancos somam 179.156 e pretos, 98.183. Em comparação, segundo o censo do IBGE de 2022, o perfil étnico-racial do Brasil se apresenta com os seguintes dados: 45,3% da população é parda, 43,5%, branca e 10,2%, preta<sup>27</sup>. Portanto, a maior desproporção se dá em relação às pessoas pretas sob custódia pelo Estado brasileiro.

Os dados estatísticos referentes ao cárcere não estão imunes às críticas. Ao contrário, o próprio cenário da superlotação tende a dificultar a contagem e o levantamento de informações. Nesse contexto, André Giamberardino revela estranhamento em relação à raridade do “questionamento do dado mais obscuro quando o assunto é a superlotação carcerária: quais critérios são utilizados para definição da capacidade máxima de vagas de cada unidade prisional”<sup>28</sup>. Nesse sentido, aponta a existência de uma “cifra oculta” da superlotação, pois, a depender do que se considera “uma vaga”, a proporção da ocupação dos estabelecimentos prisionais pode ser ainda maior.

Entre as razões para a possibilidade de uma “cifra oculta”, destaca-se que a Lei de Execução Penal, em seu artigo 85, parágrafo único, atribui unilateralmente ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a determinação do limite máximo de capacidade de cada estabelecimento. Deste modo, o apontamento de uma “cifra oculta da superlotação” tem no

<sup>26</sup> BRASIL. **Levantamento de Informações Penitenciárias**, 2025.

<sup>27</sup> IBGE. **Panorama do Censo 2022**, 2023.

<sup>28</sup> GIAMBERARDINO, A. R. **Comentários a Lei de Execução Penal**, 2021, p. 187.

fundo a crítica à contagem de vagas no sistema sem um controle externo e à própria definição de vaga no sistema penitenciário. Diante disso, André Giamberardino apresenta a seguinte pergunta: “Afim, o que faz uma vaga?”<sup>29</sup> Esta inquietação possui relação direta com a construção do que é o mínimo razoável.

Entre os atos administrativos normativos que apresentam respostas do Estado brasileiro, a Resolução n.º 05 de 25 de novembro de 2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) merece destaque, uma vez que “Dispõe sobre os indicadores para fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais *numerus clausus*”. Como limitador à capacidade, a vaga deve pressupor a existência de uma cama ao custodiado, sendo vedado que se inclua no cômputo o número de colchões no chão (artigo 3º, §2º, da referida Resolução). Além disso, já não como um parâmetro para a definição da capacidade máxima, mas sim como um alerta para a superlotação, a Resolução n.º 5 de 2016 do CNPCCP coloca o indicador de 137,5% para unidades masculinas como linha de corte para a exigência, inclusive, de um plano de redução.

Dois outros dispositivos devem ser ressaltados na Resolução. Um primeiro diz respeito à proibição da permanência de mulheres presas em estabelecimentos com a capacidade máxima ultrapassada (artigo 6º). E outro se trata da previsão expressa do artigo 7º: “Nas unidades penais que não houver lotação acima da capacidade, quando da publicação desta Resolução, fica vedada a entrada de presos que exceda sua capacidade.” Nota-se, então, que este último dispositivo busca a implementação do *numerus clausus* preventivo, impedindo a entrada de novos custodiados no estabelecimento. Entretanto, apesar da intenção de evitar que mais estabelecimentos se tornem superlotados, a medida pode significar o agravamento de outros presídios e penitenciárias com taxa de ocupação já superior ao limite máximo.

A preocupação com a taxa de ocupação revela a busca por um mínimo razoável. Ao mesmo tempo, a previsão de vinculação do número de vagas à existência de camas para a definição da capacidade máxima demonstra a exigência material desse mínimo ao Estado, embora vincular a existência de uma vaga no sistema prisional à simples presença de cama esteja distante

<sup>29</sup> GIAMBERARDINO, A. R. **Comentários a Lei de Execução Penal**, 2021, p. 187.

do conjunto de exigências materiais mínimas para qualificar uma condição como digna.

Nesse sentido, o objetivo de garantir a qualidade da instituição, como mostrado na introdução, não é novidade no debate sobre *numerus clausus* e “o mínimo que razoavelmente se pode exigir do Estado”. Assim, a aproximação do *numerus clausus*, na execução penal, da efetivação dos direitos fundamentais na ordem constitucional, a partir das bases teóricas que legitimam a exigência do mínimo ao Estado, pode concretizar o *numerus clausus* como “um instrumento de recondução da execução penal a um status de conformidade constitucional”<sup>30</sup>.

## **2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS CUSTODIADOS PELO ESTADO: DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” (ADPF 347/2015) AO *NUMERUS CLAUSUS* COMO “ESTRATÉGIA DE GESTÃO” (HC 143.988/ES)**

Para o Supremo Tribunal Federal, o primeiro eixo que fundamenta a desconformidade constitucional do sistema carcerário brasileiro se revela por meio “da superlotação e da má qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial”. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/2015, o STF reconheceu o que nomeou de “estado de coisas inconstitucional” na realidade prisional do Brasil. Com inspiração na decisão da Corte colombiana – e, por isso, como um exemplo da migração das ideias constitucionais<sup>31</sup> –, o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” pelo Supremo revela “o modo como as Cortes Constitucionais receberam a questão da violação sistemática dos direitos dos presos e sobre o que decidiram intervir (ainda que cautelarmente, no caso brasileiro)”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> ROIG, R. D. E. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, jan./abr. 2014, p. 118.

<sup>31</sup> CHOUDHRY, S. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. *In*: CHOUDHRY, S. (ed.). **The migration of constitutional ideas**, 2006.

<sup>32</sup> MACHADO, M. R. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, mai./ago. 2020, p. 639.

Muito embora não exista referência ao *numerus clausus*, o acórdão do julgamento da Corte parece trazer pressupostos fáticos e jurídicos para a legítima aplicação do *numerus clausus* na execução penal e sua relação direta com direitos fundamentais. Nesse sentido, aliás, a decisão fundamentou-se na característica de um processo estrutural, sendo explícita ao expressar que tais litígios estruturais têm como objeto uma “falha crônica no funcionamento das instituições estatais”. Além disso, há manifesta referência a uma situação de massiva violação de direitos fundamentais, que se funda em uma série de ações e omissões do Estado brasileiro.

No contexto latino-americano, o posicionamento da Corte na ADPF 347 é simbólico dentro do ativismo judicial por chamar o Poder Judiciário à estruturação de medidas para o enfrentamento de situações de violações generalizadas de direitos de grupos vulnerabilizados. Não por acaso, nomeia-se de “nova classe de ativismo judicial”<sup>33</sup> em relação aos “litígios estruturais”. Nessa nova classe, com recurso às chamadas “medidas estruturais”, busca-se a superação de “uma massiva privação de direitos, geralmente de uma significativa quantidade de pessoas, por meio de um processo que conte com a participação de vários órgãos com competência para atuar naquele setor”<sup>34</sup>.

Neste caminho do Supremo Tribunal Federal que revela uma atuação mais ativa em relação à situação desumana dos cárceres brasileiros, Maíra Rocha Machado destaca que, pouco tempo antes do julgamento da referida ADPF, a Corte já havia dado provimento ao RE 592.581/RS, “estabelecendo que o Judiciário pode impor obrigações ao Executivo, promovendo medidas e executando obras em estabelecimentos prisionais”<sup>35</sup>, por unanimidade e com repercussão geral. Nessa toada, percebe-se que, a rigor, o objetivo da decisão foi a busca por efetivação da dignidade das pessoas em privação de liberdade pelo Estado, embora signifique um alargamento da atuação do Judiciário. Em relação a esta última crítica, pode-se notar um deslocamento

---

<sup>33</sup> KOZICKI, K.; VAN DER BROOKE, B. M. S. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, jul./dez. 2018, p. 155.

<sup>34</sup> SERAFIM, M. C. G.; LIMA, G. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, 2021, p.773.

<sup>35</sup> MACHADO, M. R. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, mai./ago. 2020, p. 633.

do poder decisório ao crescente protagonismo do Supremo<sup>36</sup>. No entanto, apesar disso, a existência de “verdadeiros infernos dantescos” (como refere a petição inicial da ADPF 347) no sistema prisional brasileiro parece legitimar essa atuação judicial contramajoritária do STF.

Nessa perspectiva, o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” pode ser visto como propulsor da efetivação dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, uma vez que reconhece “a gravidade e a amplitude das violações de direitos, a responsabilidade partilhada por vários entes estatais e a necessidade de implementação de estratégias complexas, de curto, médio e longo prazo, para cessar essas violações”<sup>37</sup>. Mais ainda, a decisão da Corte trouxe para o centro do debate constitucional o problema carcerário brasileiro, com enfoque nos direitos fundamentais das pessoas que sobrevivem sob a custódia estatal.

Contudo, no Estado brasileiro, a superlotação não é restrita ao cárcere por excelência. O sistema socioeducativo voltado aos adolescentes responsabilizados por atos infracionais também revelou a existência de estabelecimentos que superavam a capacidade máxima, portanto, sem respeito ao limite de vagas. Contra este estado de (igualmente) desconformidade constitucional, o julgamento do *habeas corpus* coletivo n.º 143.988, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, pode ser elencado como exemplo da implementação do *numerus clausus* no cenário brasileiro, diante da grave violação aos direitos humanos de adolescentes internados. No remédio constitucional, a solução apontada pela impetrante foi justamente a adoção do *princípio* do *numerus clausus*.

No caso concreto que proveio da unidade Casa de Custódia UNINORTE, em Linhares/ES, a capacidade era limitada a 90 vagas, em 2017, embora 202 adolescentes estivessem lá internados. Na leitura do acórdão do Supremo Tribunal Federal, observa-se que a situação recebeu novos argumentos para além da superlotação e de suas consequências, que desembocavam em tortura e violência. A decisão fundamentou-se também na absoluta prioridade conferida a crianças e adolescentes, prevista no *caput* do artigo

<sup>36</sup> HACHEM, D. W.; PETHECHUST, E. R. B. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 2020. p. 239.

<sup>37</sup> MACHADO, M. R. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, mai./ago. 2020, p. 637.

227 da Constituição de 1988. Neste ponto, interpreta-se que a dignidade da pessoa humana recebeu destaque devido aos seus especiais titulares, aos quais foi garantido tratamento prioritário pelo texto constitucional.

A questão chegou ao STF porque o Tribunal de origem e o Superior Tribunal de Justiça negaram a concessão da ordem, sob o argumento da inadequação da via eleita. Inclusive, no início da tramitação no Supremo, a primeira decisão monocrática não conheceu do *habeas corpus* por entender que o remédio constitucional não seria cabível em prol de uma coletividade indeterminada de pessoas. Em sede de agravo de instrumento, apesar da não individualização de todos os pacientes do *habeas corpus* coletivo (o que obstaría a impetração para todas as pessoas, gerando uma situação de quebra de isonomia e, também, de segurança jurídica), a decisão foi revista e considerou-se pelo conhecimento, sob o fundamento de se tratar de direitos individuais homogêneos.

A mudança no posicionamento teve como precedente outro caso que envolveu a realidade penitenciária brasileira. No julgamento do *habeas corpus* coletivo n.º 143.641/SP, a Segunda Turma do STF concedeu a ordem “em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem como em benefício das próprias crianças encarceradas”<sup>38</sup>. Neste caso, que o acórdão do HC 143.988/ES trata como “*leading case* da Segunda Turma”, conheceu-se da impetração, pois a Corte entendeu que se encontrava “em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos”<sup>39</sup>, e não de um grupo de pessoas indetermináveis.

Assim, observa-se que, em relação à massiva violação de direitos fundamentais por razão da falta de vagas nos presídios, o Supremo passou a adotar um entendimento no sentido de se tratar de direitos individuais homogêneos. Desse modo, embora constituam direitos essencialmente

---

<sup>38</sup> No Habeas Corpus 165704, o STF também conheceu e concedeu a ordem de habeas corpus coletivo, para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência. De forma específica, entre as condições impostas, destaca-se: “haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência” e “a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC n.º 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes”.

<sup>39</sup> A propósito, este caso também demonstra a atuação das Defensorias Públicas em relação à atuação carcerária. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 143.641/SP**, 20 fev. 2018.

individuais, tais posições jurídicas das pessoas privadas de liberdade e submetidas a celas superlotadas podem ser defendidas por meio de mecanismos de tutela coletiva. Daniel Hachem explica, nesse sentido, que o requisito da *homogeneidade* se vincula à origem da pretensão, e não propriamente aos titulares do direito<sup>40</sup>. No caso, a situação fática de falta de vagas e ausência do mínimo existencial é comum, homogênea.

Mais do que a possibilidade da tutela coletiva dos direitos individuais das pessoas custodiadas pelo Estado, neste caso do HC 143.988/ES, a decisão liminar do ministro relator Edson Fachin revela elementos que são consequências fáticas da superação do número de vagas de um estabelecimento que tem por finalidade a retenção de pessoas em um mesmo local. Entre elas, os prejuízos às mínimas condições de higiene e limpeza, o aumento da temperatura justamente pelo acúmulo de corpos em um mesmo espaço e a proliferação de lixo, como restos de comida, “marmitex”, podem ser destacados.

Todo esse contexto fático, que também pode ser descrito como um “inferno dantesco”, em razão do caos e da temperatura extrema nas celas cheias, legitimou a aplicação do *numerus clausus* no sistema socioeducativo. No caso em específico, o acórdão refere ao *numerus clausus* como “estratégia de gestão”. Interessa apontar que, na ordem do STF que aplicou o *numerus clausus*, determinou-se, primeiramente, a transferência dos adolescentes internos para outras unidades. Note-se, entretanto, que Rodrigo Roig classifica como uma burla ao *numerus clausus*, porque possibilita que o problema da superlotação seja mascarado e deslocado para outros estabelecimentos<sup>41</sup>.

Além disso, sobre esta decisão-paradigma ao uso do *numerus clausus* pelo Supremo, mesmo que restrito ao sistema socioeducativo, entre as medidas subsidiárias, determinou-se o atendimento ao previsto no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, que significa a inclusão do adolescente em conflito com a lei em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, com exceção dos casos de atos

---

<sup>40</sup> HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, jul./dez. 2013, p. 671.

<sup>41</sup> ROIG, R. D. E. **Execução penal**: teoria e prática, 2021.

infracionais cometidos com violência ou grave ameaça. Ainda mais, como outra hipótese, impôs-se a conversão da internação em domiciliar.

Em razão da revolução e do significado que tal decisão assumiu no cenário desumano de superlotação ao qual os adolescentes eram submetidos, outras Defensorias Estaduais pleitearam a extensão dos efeitos da liminar para contextos fáticos semelhantes. Como explica André Giamberardino, “Em 2019, os efeitos da decisão foram ampliados para abarcar as unidades de internação de adolescentes dos estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro”<sup>42</sup>.

Assim, do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” ao “princípio do *numerus clausus* como estratégia de gestão”, o Supremo tem caminhado no sentido de reconhecer a massiva violação de direitos fundamentais em razão da superlotação dos estabelecimentos de custódia e, ainda que incipiente, tem legitimado a aplicação do *numerus clausus*.

A propósito, como antecedente no âmbito do STF, importa a menção à decisão na Suspensão da Liminar n.º 823 de 24 de março de 2015. Nela, o então Ministro Ricardo Lewandowsky indeferiu a suspensão pleiteada pelo Estado do Espírito Santo que decorreu de ação civil pública ajuizada também pela Defensoria Pública estadual. Assim, houve a manutenção da liminar que determinou a “observância do número máximo de internos”. No entanto, apesar de aplicar a mesma lógica, nesta decisão, ainda não havia expressa referência ao termo *numerus clausus*. Neste ponto, a não sedimentação do uso do *numerus clausus* revela uma indeterminação de seu significado no ordenamento jurídico brasileiro e, por consequência, parece prejudicar seu real alcance na perspectiva da efetivação dos direitos fundamentais.

### **3. É POSSÍVEL QUE O *NUMERUS CLAUSUS* CONSTITUA UMA REGRA DE DIREITO FUNDAMENTAL?**

Se partirmos do pressuposto de que o *numerus clausus* é uma norma, caberia indagar se é regra ou princípio. Muito embora referido como *princípio do numerus clausus*, não parece preciso tal uso. Isso, pelo menos, não em

---

<sup>42</sup> GIAMBERARDINO, A. R. **Comentários a Lei de Execução Penal**, 2021, p. 186.

relação à célebre distinção que Robert Alexy elabora. Não obstante possa ser diminuída a uma mera questão terminológica, na verdade, a sua saída de uma zona de indeterminação pode impactar a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas custodiadas pelo Estado brasileiro.

Ao menos na teoria de Alexy, o *numerus clausus* não deve ser tratado como princípio. Isso porque “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>43</sup>. Se entendido como um *mandamento de otimização*, o *numerus clausus* poderia ser satisfeito em graus distintos. Nessa perspectiva, haveria um desvirtuamento do propósito do *numerus clausus*, uma vez que, desse modo, abre-se margem à existência de “limites de limites”, assim como prevê a Resolução n.º 5 de 2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que coloca o indicador de 137,5% como “linha de corte” na situação de superlotação.

Por outro lado, “as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”<sup>44</sup>. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva ainda complementa sobre a diferenciação: “Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”<sup>45</sup>. Então, se considerado “princípio” nesse sentido da teoria de Robert Alexy, em que medida o *numerus clausus* pode ser aplicado em diversos graus e sujeito ao sopesamento?

Na verdade, ou se limita o número de vagas nos presídios ou não será satisfeito o *numerus clausus*. Nesse viés, aliás, não parece que se possa confundir os supostos diversos graus de realização com as espécies de aplicação que Rodrigo Roig aponta. Portanto, o que se deve rechaçar é a visão do *numerus clausus* como um *mandamento de otimização*, ou seja, como princípio na perspectiva de Alexy, sob pena de burlar a efetivação do “número fechado”, por restringir a aplicação na sua totalidade.

Ao retomar a parte introdutória deste artigo, lembramos que a “reserva do possível” e o *numerus clausus* nos revelam algo que está no substrato das

---

<sup>43</sup> ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2014, p. 90.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>45</sup> SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, abr. 2002, p. 25.

decisões sobre as prestações materiais do Estado: a efetivação de direitos custa<sup>46</sup>. Mas a pergunta que o *numerus clausus* no âmbito dos direitos fundamentais tende a nos escancarar é: quanto custa a não efetivação do mínimo? Vale registrar, nesse ponto, que o STF já chancelou a tese, em sede de repercussão geral, de que há obrigação do Estado em ressarcir os danos, inclusive morais, causados aos detentos em razão da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, o que, evidentemente, engloba a situação da superlotação carcerária<sup>47</sup>.

No sistema carcerário brasileiro, a aplicação do *numerus clausus* se vincula à garantia do mínimo existencial. Também por essa razão, há a conexão com a proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, acerca do mínimo existencial, Daniel Hachem afirma que, embora a dignidade possa ter sua promoção em maior ou menor grau, “é possível identificar uma linha abaixo da qual não há dignidade, que pode decorrer não de uma violação ativa, mas omissiva, por parte do Estado, de proporcionar ao indivíduo garantias mínimas de existência digna”<sup>48</sup>.

O cenário de um “inferno dantesco” na superlotação do cárcere brasileiro, enquanto uma situação degradante existente no plano real e juridicamente já afirmada pela ADPF 347, não nos leva a outra conclusão senão de uma realidade aquém do mínimo existencial necessário para que uma pessoa permaneça sob a custódia estatal. Afinal, a preservação de uma existência digna não condiz com a falta do mínimo de higiene, a ausência de espaço para a ventilação dentro das celas cheias e o acúmulo de corpos e restos de alimentos no espaço prisional. Portanto, a vaga no cárcere deve ser vista como atrelada ao dever de manter uma existência digna. Nesse sentido, aliás, “Manter uma existência digna é dar as condições para que o ser

---

<sup>46</sup> HONÓRIO, C. O custo dos direitos prestacionais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, jan./mar. 2003, p. 145.

<sup>47</sup> “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS**, 29 ago. 2013.

<sup>48</sup> HACHEM, D. W. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**, 2013, p. 211.

humano não perca tal capacidade de autodeterminação e de ser sujeito, não sendo comparado a simples objeto da ação do Estado ou de terceiros”<sup>49</sup>.

Seguindo esta abordagem, outra expressão marcadamente presente no célebre caso do *numerus clausus* é que “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode *razoavelmente* exigir da sociedade”. Portanto, é preciso questionar se é razoável a manutenção de uma pessoa presa em uma instituição superlotada, sem que haja o mínimo existencial para que ela cumpra sua pena nos limites da Constituição. Mais ainda, se é minimamente razoável que, mesmo sem vagas, mais pessoas entrem em um sistema saturado.

Ao estudar os precedentes históricos dos usos dos termos *princípio da razoabilidade* e *princípio da proporcionalidade*<sup>50</sup>, Virgílio Afonso da Silva faz menção ao teste de irrazoabilidade. Na fórmula clássica do que refere como decisão *Wednesbury*, aponta que: “[...] se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”<sup>51</sup>. No caso brasileiro, não se pode negar a intervenção da Corte Constitucional na situação, sobretudo no sistema socioeducativo. No entanto, ainda assim, parece haver resistência na tomada de medidas mais drásticas que impulsionassem a execução penal brasileira para uma verdadeira conformidade constitucional e para fora da irrazoabilidade.

Nessa perspectiva, o *numerus clausus* não nos parece apenas uma “estratégia de gestão” a ser aplicada contra a superlotação dos estabelecimentos de custódia. A umbilical conexão com a dignidade da pessoa humana nos leva a considerar que o *numerus clausus*, dentro da realidade carcerária brasileira, deve constituir uma regra de direito fundamental.

No sentido de ampliar o reconhecimento de “novos direitos fundamentais”, Luísa Netto foca na abertura do sistema do Estado Constitucional. Nesse viés, explica que “a abertura dota o sistema jusfundamental de flexibilidade e mutabilidade; possibilita, ao mesmo tempo em que impõe, a sua atualização”<sup>52</sup>. Assim sendo, ponto determinante percebido é que o

<sup>49</sup> BITENCOURT NETO, E. **O direito ao mínimo para uma existência digna**, 2010, p. 118.

<sup>50</sup> Virgílio Afonso da Silva defende se tratar de regra da proporcionalidade.

<sup>51</sup> SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, abr. 2002, p. 30.

<sup>52</sup> PINTO E NETTO, L. C. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**, 2016, p. 257.

sistema fechado se torna incapaz de responder aos desafios e de reagir às inconformidades da realidade constitucional.

Quanto a isso, não há dúvidas de que, pelo menos para o Supremo Tribunal Federal, o sistema penitenciário brasileiro constitui um exemplo de desconformidade constitucional<sup>53</sup>. Desse modo, “não é desarrazoado cogitar” a caracterização do subsistema dos direitos fundamentais como aberto, porque, afinal, há uma pretensão de correção dentro do próprio sistema jurídico. Entretanto, contra o risco de banalização do que pode ser um direito fundamental, Luísa Pinto e Netto aponta cinco aspectos a serem observados na definição: “(i) positividade; (ii) natureza normativa; (iii) conexão com a dignidade da pessoa humana; (iv) configuração como direito referido ao indivíduo; (v) destinatários”<sup>54</sup>.

De imediato, reconhece-se que “uma definição de direito fundamental somente seria viável diante de uma ordem constitucional concretamente considerada”<sup>55</sup> e, em consonância, como afirma Jorge Reis Novais, “São normas de direitos fundamentais – ou, se quisermos ser mais precisos, enunciados normativos de direitos fundamentais – as constantes da Parte Primeira da Constituição”<sup>56</sup>.

Assim, em relação ao primeiro aspecto, a pretensão de jusfundamentalidade do *numerus clausus* encontra um entrave. No entanto, em que pese não positivado expressamente, o *numerus clausus* como direito poderia advir da previsão (esta sim expressa) da cláusula de abertura dos direitos e garantias fundamentais do §2º do artigo 5º do texto constitucional de 1988. No âmbito internacional, as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos) asseguram que os presos sejam tratados com respeito e com o devido valor e dignidade que são inerentes ao ser humano (Regra 1).

---

<sup>53</sup> A propósito, vale ressaltar que em 2025 foi lançado o “Pena Justa”, Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras. Entre outras ações, propõe a implementação das Centrais de Regulação de Vagas (CRV), que tem como principal fundamento “o princípio da taxatividade carcerária ou do *numerus clausus*”, nos termos do plano apresentado. O plano é coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública (MJSP).

<sup>54</sup> PINTO E NETTO, L. C. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**, 2016, p. 102.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>56</sup> NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, 2003, p. 52.

Mas não somente, pois o *numerus clausus* como uma regra de direito fundamental radica sua positividade na previsão do texto constitucional de 1988 no sentido de que não haverá penas cruéis (inciso XLVII, alínea “e”, do artigo 5º). Além disso, a previsão de que as penas devem ser cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo da pessoa custodiada pelo Estado (inciso XLVIII, do artigo 5º), pressupõe a existência de vagas. Caso contrário, também não se possibilita a efetivação dessa garantia aos apenados.

Em sequência aos aspectos que Luíza Pinto e Netto aponta, a importância do *numerus clausus* como uma regra de direito fundamental se justifica em razão da natureza normativa. Isso porque, “para além de os direitos fundamentais originarem posições jurídicas subjetivas de vantagem, são estes compreendidos como normas objetivas que conformam o sistema jurídico, irradiando-se sobre ele a partir da Constituição”<sup>57</sup>. Neste ponto, retoma-se a potencialidade do *numerus clausus* de reconduzir o sistema prisional brasileiro a uma conformidade constitucional. Além disso, a conexão com a dignidade da pessoa humana e a configuração como um direito individual, ainda que sujeito a tutela coletiva, fazem-se marcantes no significado do *numerus clausus*.

Por último, quanto aos destinatários, como já adianta Luíza Pinto e Netto, “A determinação dos destinatários dos direitos fundamentais, evidentemente, liga-se à sua eficácia”<sup>58</sup>. Em relação ao *numerus clausus*, o destinatário é o próprio Estado, que deve ter seu poder punitivo limitado quando não garantido o mínimo existencial àquele que será mantido sob sua custódia. Os titulares, por sua vez, são todas as pessoas sujeitas a um sistema carcerário superlotado, sem a garantia do mínimo existencial, que, em verdade, ao menos em tese, significa a totalidade das pessoas que estejam, neste momento, sob a jurisdição do Estado brasileiro para fins de prisão em território nacional.

Nessa perspectiva, “o conjunto ou feixe de posições de vantagem juridicamente tuteladas”<sup>59</sup> e suscetíveis de referência aos direitos

---

<sup>57</sup> PINTO E NETTO, L. C. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**, 2016, p. 344.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>59</sup> NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, 2003, p. 55.

fundamentais de não ser submetido a um tratamento degradante e não receber uma pena cruel deve abarcar também o *numerus clausus*. Nesse sentido, sua adoção deve ser como uma regra de direito fundamental, em razão de uma maior chance de efetivação. Isso porque, a rigor, a plena efetivação do *numerus clausus* não pode ter em referência um direito limitável e sujeito à ponderação. Desse modo, a definição do *numerus clausus* como regra nos conduz a posições jurídicas não limitáveis<sup>60</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diagnóstico de André Giamberardino não é otimista: “A jurisprudência sobre a aplicação do princípio *numerus clausus* em regime fechado tem sido tímida e se restringido às situações nas quais razões de caráter humanitário podem prevalecer na repartição do ônus pelo Estado”<sup>61</sup>. Exemplo didático é a própria Súmula Vinculante n.º 56 do Supremo Tribunal Federal, que prevê “remédio” contra a superlotação carcerária somente a partir do regime semiaberto de cumprimento de pena, visto que não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, sob justificativa de falta de estabelecimento adequado<sup>62</sup>. Numa primeira leitura, considerando-se que o regime fechado é, de fato, o regime mais gravoso de cumprimento de pena, o indivíduo privado de liberdade sob este regime não teria direito – ou ao menos não haveria dever estatal ou expectativa de atuação do poder público – em razão da “superlotação carcerária de presos sob o regime fechado”.

No entanto, por outro lado, o reconhecimento do *numerus clausus* no sistema socioeducativo demonstra a abertura para sua aplicação e para o alcance do real significado de seu uso, apesar da indeterminação do conceito como princípio, sistema, estratégia de gestão ou regra.

Além disso, em razão do uso do termo ainda incipiente pelo Supremo Tribunal Federal, parece haver uma indeterminação do que seria o *numerus clausus*. Embora Rodrigo Roig apresente como um *princípio da execução*

<sup>60</sup> PINTO E NETTO, L. C. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**, 2016, p. 215

<sup>61</sup> GIAMBERARDINO, A. R. **Comentários a Lei de Execução Penal**, 2021, p. 183.

<sup>62</sup> “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.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 56**, 2016.

*penal*, se partirmos do conceito de Robert Alexy, o *numerus clausus* visto como *mandamento de otimização* pode resultar em sua própria burla e no mascaramento das situações desumanas. Ao contrário, o *numerus clausus* apresentado como uma regra significa que não pode ser limitado.

Mais ainda, como resultado, propõe-se que o *numerus clausus* seja revestido de um caráter de jusfundamentalidade. Entre os aspectos que caracterizam os direitos fundamentais e também presentes no *numerus clausus*, merecem destaque a conexão direta com a dignidade da pessoa humana e a sua relação com a manutenção do mínimo existencial. Afinal, o *numerus clausus* remete ao que minimamente um indivíduo pode exigir que o Estado punitivo (e não irrazoável) lhe ofereça e garanta quando submetido ao cárcere: uma vaga.

Acerca do conceito de vaga no sistema prisional, indaga-se, considerando-se a necessidade de maiores estudos e desenvolvimentos do tema pela comunidade jurídica: uma vez considerada a regra do *numerus clausus* revestida de jusfundamentalidade, ligada intrinsecamente à noção de mínimo existencial, é possível considerar como “vaga prisional” apenas a oferta de um colchão ao indivíduo privado de liberdade? Basta o colchão ou o colchão deve estar atrelado a uma cama? Não é incomum a existência de celas superlotadas em que detentos dormem no banheiro, embora possam estar sobre algum colchão. Ou seria necessário considerar a garantia de fato, pelo Estado, de um ambiente minimamente adequado de higiene, fornecimento de alimentação quantitativa e qualitativamente suficiente, fornecimento de atenção básica à saúde (inclusive mental), garantia do direito à visita familiar (previsto expressamente na LEP), entre outros direitos, de modo que, na ausência de garantia desse mínimo existencial e condições mínimas de cumprimento digno de pena, poderíamos considerar a referida vaga como inexistente? O tema carece de maiores reflexões.

De todo modo, os raciocínios jurídicos utilizados em célebres debates de direitos fundamentais, assim como as bases teóricas que os justificam, podem ser referenciados para exemplificar e, principalmente, legitimar a adoção do *numerus clausus* como solução à desconformidade constitucional que o contexto de superencarceramento brasileiro, hoje, constitui.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BIELSCHOWSKY, R. M. **Cultura Constitucional: fundamentos para uma Teoria da Constituição**. São Paulo: Dialética, 2024.

BITENCOURT, C. M. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 55, p. 213-244, 2014.

BITENCOURT NETO, E. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS**. Relator: Ministro Teori Zavascki, 29 ago. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584166>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 56**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumulavinculante.asp?numero=56>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276332>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 143.988/ES**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5280905>.

CHOUDHRY, S. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, S. (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GIAMBERARDINO, A. R. **Comentários a Lei de Execução Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2021.

HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, D. W. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HACHEM, D. W.; PETHECHUST, E. R. B. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 121, p. 203-250, 2020.

HONÓRIO, C. O custo dos direitos prestacionais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Panorama do Censo 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>.

KOZICKI, K.; VAN DER BROOKE, B. M. S. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018.

LEGRAND, P. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.

MACHADO, M. R. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020.

MAMEDE, J. M. B.; LEITÃO NETO, H. das C.; RODRIGUES, F. L. L. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 807-835, set./dez. 2021.

NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PASTANA, D. R. Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. **Civitas**. Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 27-47, jan./abr. 2013.

PASTANA, D. R. Vigiar e banir: o declínio da disciplina panóptica na lógica punitiva contemporânea. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 2, p. 110-132, 2016.

PEREIRA, A. L. P. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira**: entre o constitucionalismo e democracia. 277 fls. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

PINTO E NETTO, L. C. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016.

PIRES, T. R. de O.; FLAUZINA, A. L. P. Constitucionalismo da Inimizade. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, p. 2815-2840, 2022.

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

ROIG, R. D. E. **Execução penal**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (coords.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SERAFIM, M. C. G.; LIMA, G. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, p. 771-806, 2021.

SGARBOSSA, L. F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Vol. 1: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

