

PROJEÇÃO DO IMPACTO DO PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM TRAMITAÇÃO NO SENADO (PLS 236/2012) SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DADOS DO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO PENITENCIÁRIA (INFOPEN)

Daniel Nicory do Prado¹

RESUMO: O presente trabalho destinou-se a realizar uma projeção do impacto que o Projeto de Código Penal em tramitação no Senado (PLS nº 236/2012), caso aprovado em sua redação original, terá sobre o sistema carcerário, tomando, como base, os dados públicos do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN), referentes ao mês de dezembro de 2011, que eram as informações mais recentes no momento em que a Comissão de Juristas elaborou o anteprojeto entregue à Presidência do Senado. Após uma análise comparativa dos principais institutos da Parte Geral e das penas atribuídas, na Parte Especial, aos crimes com maior incidência na população carcerária, tanto na legislação vigente como no Projeto de Lei, passou-se a estimar o impacto de curto prazo, para os casos ocorridos até a entrada em vigor do novo texto, levando em conta o efeito retroativo da lei penal mais benéfica, e de longo prazo, para os casos futuros, que as alterações legislativas propostas podem vir a ter sobre a população carcerária. Foi possível concluir que o Projeto apresenta, como tendência principal, de um lado, a redução da duração das penas de prisão dos crimes de maior incidência na população carcerária, e, de outro, o aumento no rigor da sua execução, mas que, passado o efeito descarcerizador de curto prazo, ocorrerá, no médio e no longo prazo, um aumento considerável no rigor do controle penal.

PALAVRAS-CHAVE: Projeto de Código Penal. Sistema Carcerário. Projeção de Impacto.

¹ Defensor Público do Estado da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Representante, nos anos de 2011 e 2012, da Associação Nacional dos Defensores Públicos junto à Subcomissão de Crimes e Penas da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. Professor da Faculdade Baiana de Direito e do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As espécies e os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. 2.1. Fim da distinção entre reclusão e detenção. 2.2. Definição do regime inicial de cumprimento de pena. 2.3. Regras do regime fechado. 2.4. Regras do regime semiaberto. 2.5. Regras do regime aberto. 2.6. Requisito temporal para a progressão de regime. 2.7. Restabelecimento da obrigatoriedade do exame criminológico para progressão. 2.8. Progressão por salto em caso de inexistência de vaga no regime semiaberto. 2.9. Extinção do livramento condicional e do *sursis*. 2.10. Modificações no rol de crimes hediondos. 2.11. Quadro comparativo dos efeitos da parte geral da legislação em vigor e do anteprojeto. 3. A conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade. 4. Parte especial: penas dos crimes de maior incidência na população carcerária. 4.1. Homicídio nas formas simples e qualificada. 4.2. Furto nas formas simples e qualificada. 4.3. Roubo nas formas simples e majorada. 4.4. Roubo com lesões graves e latrocínio. 4.5. Receptação simples. 4.6. Estupro. 4.7. Tráfico ilícito de entorpecentes. 4.8. Porte ilegal de arma de uso permitido. 4.9. Quadro comparativo entre as penas dos delitos de maior incidência na população carcerária. 5. Projeção do impacto do Anteprojeto do Código Penal de 2012 sobre o sistema carcerário. 6. Conclusões. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Comissão de Juristas constituída pelo Senado Federal para a elaboração de um anteprojeto de Código Penal apresentou, em 27 de junho de 2012, os seus trabalhos ao presidente da casa, senador José Sarney². Segundo o relatório que precedeu a proposta legislativa, o objetivo da Comissão foi submeter cada tipo penal em vigor a uma tríplice análise: “I) se permanece necessário e atual; II) se há figuras assemelhadas previstas noutra sede normativa; III) se as penas indicadas são adequadas à gravidade relativa do delito”³, tudo com o objetivo de compatibilizá-los com a atual ordem constitucional e com a evolução da sociedade, o que exigiu duas

2 AGÊNCIA SENADO. **Senado recebe anteprojeto do novo Código Penal elaborado por juristas**. 27/06/2012. 15h49. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/senado-recebe-anteprojeto-do-novo-codigo-penal-elaborado-por-juristas>> Acesso em: 29 jun 2012.

3 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 5. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

iniciativas: a formulação de novos tipos, hoje inexistentes; e a revogação de outros, cuja defasagem tenha ficado comprovada⁴.

Além disso, os juristas se esforçaram para integrar ao Código Penal diversos dispositivos que hoje constam de leis esparsas, reduzindo o peso da legislação extravagante e, portanto, valorizando a codificação, ao invés dos microssistemas que foram se constituindo nas últimas décadas; nesse mesmo sentido, foi proposta a revogação da Lei de Contravenções Penais, acabando com a histórica subdivisão entre as espécies de infração penal, deixando apenas a figura jurídica do crime. As condutas hoje previstas como contravenção serão, em regra, revogadas, e, quando necessário, mantidas no ordenamento, mas incluídas no Código Penal como crime.⁵

Embora tenham merecido menor destaque do Relator, também foram realizadas profundas alterações em toda a parte geral, em especial nos regimes e nos institutos da execução das penas privativas de liberdade.

Como era de se esperar, as atenções da mídia se concentraram nos temas mais polêmicos, como o aumento das hipóteses de exclusão da ilicitude no aborto⁶; a redução das penas e a possibilidade de perdão judicial para a eutanásia⁷; a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal⁸ e a tipificação do *bullying*⁹ e dos crimes cibernéticos¹⁰, ainda que o seu efeito prático sobre o sistema, em alguns desses casos, venha a ser reduzido.

Além disso, há uma profunda transformação, com efeitos no processo penal, consistente na adoção de um modelo de justiça negociada mais próximo do estadunidense, muito além das atuais possibilidades do Direito pátrio, pois permitem que o acordo entre as partes leve à imposição imediata de pena privativa de liberdade, vedado apenas o regime inicial fechado, e à confissão total ou parcial dos fatos imputados¹¹.

Ao invés de discutir essas questões, o presente trabalho pretende identificar os possíveis impactos que o projeto, caso venha a ser aprovado sem alterações, terá sobre o sistema carcerário brasileiro, construindo uma projeção a partir dos dados

4 *Ibidem.* p. 6-7.

5 *Ibidem.* p. 6.

6 *Ibidem.* p. 282-283

7 *Ibidem.* p. 277

8 *Ibidem.* p. 339-340

9 *Ibidem.* p. 292-294

10 *Ibidem.* p. 333-336

do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN)¹², constantes do relatório referente ao mês de dezembro de 2011, segundo o qual a população carcerária brasileira total era de 514.582 (quinhentos e catorze mil, quinhentos e oitenta e dois) presos¹³.

Para tanto, serão comparados os principais dispositivos da legislação em vigor e da proposta da Comissão de Juristas, tanto da parte geral como da parte especial, no que diz respeito aos regimes de execução de pena e à qualificação jurídica dos fatos, bem como às penas cominadas aos delitos responsáveis pela maior parte do contingente da população carcerária brasileira.

Em seguida, tentar-se-á estimar os efeitos reais que cada alteração proposta, seja ela de abrandamento ou de endurecimento da resposta penal, terá sobre o sistema prisional, tanto os incidentes sobre os fatos ocorridos após a vigência da lei, quanto aqueles decorrentes da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Nem sempre será possível apresentar estimativas precisas, em razão das limitações decorrentes da disponibilidade dos dados públicos do INFOPEN. Como os relatórios do Sistema foram pensados para a divulgação geral, eles não realizam nem oferecem a possibilidade de todos os cruzamentos de dados que seriam necessários para a mensuração exata dos efeitos resultantes de cada item da proposta de alteração legislativa. Isso não diminui, de forma alguma, o grande avanço institucional que a coleta de informações e a divulgação periódica dos resultados representou para todos os atores envolvidos com o sistema penitenciário.

Por fim, o presente trabalho não pretende trazer nenhum juízo de conveniência ou oportunidade político-criminal das propostas da comissão de juristas, mas apenas traçar os possíveis impactos sobre o sistema carcerário brasileiro caso o anteprojeto seja aprovado sem alterações. Como qualquer projeção, as conclusões que se pode alcançar são limitadas e metodologicamente discutíveis, mas podem colaborar para a construção de cenários que permitam um debate público sobre o

11 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 266-268. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

12 BRASIL. Ministério da Justiça. **INFOPEN – Estatística**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em: 29 jun. 2012.

13 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN – Todas UF's – Referência 12/2011**. p. 1. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={916E202D-BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}](http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={916E202D-BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>)> Acesso em: 29 jun. 2012.

tema baseado na racionalidade¹⁴, minimizando o alarmismo típico dos momentos de forte discussão política.

Cabe ressaltar que o projeto já foi encaminhado pela presidência do Senado e tramita na casa legislativa com o número de ordem PLS nº 236/2012, tendo sido, inclusive, objeto de diversas propostas de emenda, que não serão discutidas no presente trabalho, tanto que, ao longo do texto, a proposta legislativa será tratada por “anteprojeto”, em referência ao trabalho original da Comissão de Juristas.

2 AS ESPÉCIES E OS REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

De forma bastante resumida, pode-se dizer que o ordenamento em vigor prevê três espécies de pena privativa de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples, sendo esta última destinada exclusivamente às contravenções penais e quase sem relevância prática já há muitos anos.

Também são três os regimes de cumprimento de pena: o fechado, o aberto e o semiaberto, sendo definido o regime inicial em função da quantidade da pena aplicada, da natureza do delito e dos antecedentes do apenado; há, na prática, um quarto “regime” de cumprimento, que é o livramento condicional. O Brasil adota o sistema de prêmios e recompensas¹⁵, executando as penas de forma progressiva, levando em conta as condições pessoais e o comportamento do preso, e, excepcionalmente, de forma regressiva, em caso de prática de infração disciplinar grave. Tais previsões atualmente estão espalhadas no Código Penal (CP), na Lei de Execução Penal (LEP) e na Lei de Crimes Hediondos (LCH).

As principais propostas da Comissão de Juristas consistem no fim da distinção entre as espécies de penas privativas de liberdade, chamando-as simplesmente de prisão¹⁶; na modificação na forma de cumprimento do regime aberto¹⁷; na modificação do requisito temporal da progressão de regime em várias hipóteses¹⁸; na mudança da qualificação de algumas condutas, ora para excluí-las da lista de

14 PRADO, Daniel Nicory do. **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011. p. 93-116.

15 SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, deveres e disciplina na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207-267

16 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 232. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

17 *Ibidem*. p. 239.

18 *Ibidem*. p. 234.

crimes hediondos, ora para incluí-las¹⁹; e na extinção do livramento condicional e do *sursis*²⁰.

A leitura preliminar do anteprojeto não permite uma visualização clara do real efeito das alterações propostas, levando às seguintes indagações: afinal, o anteprojeto aumentará ou reduzirá o controle penal como um todo? Aumentará ou reduzirá a população carcerária no curto, no médio e no longo prazo, considerando que se mantenham os atuais níveis de eficiência na persecução criminal e de respeito ao contraditório e à ampla defesa nos processos penais? Para chegar a tais conclusões, é preciso estudar, uma a uma, as mudanças pretendidas pela Comissão de Juristas.

2.1 Fim da distinção entre reclusão e detenção

O fim da distinção entre as espécies de pena privativa de liberdade já era reclamado pela doutrina e terá pouco efeito prático, pelo menos no que diz respeito ao regime de cumprimento. Isto porque a única distinção importante entre ambas, neste particular, dizia respeito ao regime inicial de cumprimento, que, para a detenção, não poderia ser o fechado.

No entanto, como a pena de detenção mais alta elevada no Código Penal em vigor é de seis anos, máximo cominado ao infanticídio (art. 123) e ao abandono de recém-nascido qualificado pela morte (art. 134, § 2º)²¹, e o início da pena em regime fechado só se dá, para os não reincidentes, em condenações superiores a oito anos ou pela prática de crimes hediondos, tanto na legislação em vigor como na proposta da Comissão de Juristas, as condutas hoje apenas com detenção só estariam sujeitas ao início em regime fechado, na vigência do novo código, nos casos de concurso de crimes, que elevasse a condenação acima de oito anos, e de reincidência.

Embora a medida represente um aumento do rigor na legislação penal, o seu real impacto é desprezível, visto que o número total de pessoas presas no Brasil em cumprimento de penas de detenção nem sequer é mensurado pelo INFOPEN, já

19 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. p. 30 e 241.

20 *Ibidem*. p. 233 e 239.

21 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

que, na maior parte dos casos, é cabível a aplicação de penas e medidas alternativas.

Os únicos delitos apenados com incidência carcerária suficiente, somando presos provisórios e condenados, para justificar o cômputo pelo INFOPEN são os de violência doméstica, com 3.074 (três mil e setenta e quatro) presos; os previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, com 837 (oitocentos e trinta e sete) presos; e os previstos na Lei de Crimes Ambientais, com 156 (cento e cinquenta e seis) presos²². Somado, o contingente não representa em sequer 1% (um por cento) da população carcerária do período. Embora não seja possível extrair dos dados públicos do INFOPEN o número efetivo de pessoas apenadas com reclusão sujeitas a penas superiores a oito anos, as informações acima levam a crer que esse número, se existir, é insignificante.

2.2 Definição do regime inicial de cumprimento de pena

A definição do regime inicial de cumprimento de pena ficou praticamente inalterada no anteprojeto: tanto na legislação em vigor como na proposta da Comissão de Juristas, o início se dá em regime fechado para penas superiores a oito anos e para crimes hediondos; em regime semiaberto, para as penas superiores a quatro e não superiores a oito de réus não reincidentes; em o regime aberto, para as penas não superiores a quatro anos. A única diferença importante é que, no anteprojeto, o início só pode se dar em regime aberto nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, vedação que não existia na legislação em vigor²³

Segundo o INFOPEN, apenas 54.928 (cinquenta e quatro mil, novecentos e vinte e oito) presos têm penas iguais ou inferiores a 04 (quatro) anos²⁴, computando todos os regimes de cumprimento. Por outro lado, são apenas 18.649 (dezoito mil, seiscentos e quarenta e nove) presos em regime aberto custodiados em Casas de Albergado e Egressos²⁵, o que significa que, seguramente, a maior parte dos condenados a penas não superiores a quatro anos já inicia o cumprimento em regime mais gravoso que o aberto, e que a população do regime custodiada em

22 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Op. Cit.* p. 4.

23 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. Relatório **Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 237. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

24 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Op. Cit.* p. 3.

25 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Op. Cit.* p. 1.

Casas de Albergado representa um contingente pequeno, de menos de 4% (quatro por cento) da população carcerária total.

Apesar de essa segunda medida também representar um aumento do rigor da legislação penal, seu efeito prático, embora maior do que o da primeira, também será pequeno em comparação com a população total.

2.3 Regras do regime fechado

As regras do regime fechado, no que diz respeito ao impacto sobre o sistema penal, permaneceram basicamente inalteradas no anteprojeto, pois mantiveram o isolamento noturno e o trabalho externo como medida excepcional, apenas em obras públicas.

2.4 Regras do regime semiaberto

Para os apenados em regime semiaberto, o anteprojeto será mais gravoso do que a legislação em vigor. O requisito temporal para a Saída Temporária foi aumentado: no ordenamento atual, ele é de 1/6 (um sexto) da pena para primários e ¼ (um quarto) da pena para reincidentes, segundo o art. 123, II, da LEP²⁶; já no anteprojeto (art. 51, §§ 1º e 2º), o requisito mínimo passou a ser, indistintamente, de ¼ (um quarto) da pena, para os que iniciarem a pena em regime semiaberto, desde que não tenha havido regressão, ou de 1/6 (um sexto) do restante da pena caso tenha havido progressão do regime fechado²⁷.

Isso significa que, para condenados por crimes hediondos, por exemplo, cuja saída pode ser obtida com o cumprimento de 40% (quarenta por cento) da pena, logo depois da progressão para o regime semiaberto, só poderá ser concedida, caso o projeto seja aprovado, com 58,3% (cinquenta e oito vírgula três por cento) de pena cumprida.

Quanto ao trabalho externo, o anteprojeto reproduziu o teor do Código Penal, que não traz o requisito do cumprimento de 1/6 (um sexto) para a concessão do trabalho externo, hoje previsto no art. 37 da Lei de Execução Penal (LEP). Isso

26 BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

27 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 237-238. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

certamente despertará a seguinte discussão doutrinária: o dispositivo da LEP foi revogado tacitamente pelo novo Código, ou se manteve em vigor por se tratar de lei especial?

2.5 Regras do regime aberto

Já quanto ao regime aberto, o teor da proposta da Comissão dos Juristas segue uma direção contrária às anteriores, por representar uma diminuição no rigor da legislação penal. Pela lei vigente, o regime é cumprido em Casas de Albergado, estabelecimentos penais que teoricamente não deveriam ostentar obstáculos físicos para a fuga, para o exercício da responsabilidade e da autodisciplina do apenado²⁸. No entanto, a falta de locais apropriados na maioria das cidades levou ao cumprimento do regime, nessas circunscrições, em prisão domiciliar²⁹, previsão que existia apenas para idosos, deficientes e mulheres com filhos menores sob sua guarda³⁰. O anteprojeto consolida essa tendência prática e jurisprudencial ao extinguir as Casas de Albergado e entender que o regime aberto deve ser cumprido fora do sistema penal.

O efeito dessa proposta será um pouco mais significativo que os anteriores, pois representará a soltura imediata, em razão da retroatividade benéfica, dos 18.649 (dezoito mil, seiscentos e quarenta e nove) presos do regime hoje custodiados nas 65 (sessenta e cinco) Casas de Albergado existentes no país. Um dado curioso, e que deixa dúvida se os dados do INFOPEN realmente excluem os sujeitos à prisão domiciliar, como os indicadores sugerem, é a capacidade atual dos estabelecimentos de regime aberto: 4.885 (quatro mil, oitocentos e oitenta e cinco) pessoas³¹. Esse dado sugere duas hipóteses: ou a maior parte dos internos está custodiada em estabelecimentos inapropriados ao regime aberto, ou as Casas de Albergado enfrentam uma superlotação (381,76% de ocupação) muito superior à média do sistema, que hoje opera com 167,89% da capacidade.

28 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

29 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 239. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

30 BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

31 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 1.

A julgar pelos dados do Sistema Penitenciário Baiano, segundo os quais a Casa do Albergado de Salvador opera com 147,95% da lotação (145 internos para 98 vagas)³², o mais provável é que a maior parte dos presos de regime aberto esteja, hoje, custodiada em estabelecimentos de perfil mais severo do que o apropriado à sua condição. Esse problema será corrigido caso o anteprojeto seja aprovado.

Por fim, cabe lembrar que o anteprojeto autorizou o monitoramento eletrônico no regime aberto, como faculdade do juiz, embora seja considerada “essencial” pela Comissão³³, mantendo coerência com a legislação em vigor, que a permite durante a saída temporária e o cumprimento de pena em prisão domiciliar³⁴. No presente trabalho, não se discutirão os inúmeros problemas de caráter normativo e prático da imposição da vigilância eletrônica³⁵.

2.6 Requisito temporal para a progressão de regime

Uma das mais importantes alterações da Parte Geral no anteprojeto do Código Penal foi a reformulação do requisito temporal para a progressão de regime, com o desdobramento de várias hipóteses antes não contempladas. Pela legislação atual, a progressão se dá com o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena no regime atual, para crimes não hediondos, 2/5 (dois quintos) da pena para crimes hediondos e 3/5 (três quintos) da pena para reincidentes em crimes hediondos.

A proposta da Comissão de Juristas é mais detalhada e, embora tenha mantido o requisito temporal de 1/6 (um sexto) da pena como critério mínimo da progressão, restringiu o seu alcance aos condenados não reincidentes autores de crimes não hediondos praticados sem violência ou grave ameaça e que não tenham causado grave lesão à sociedade³⁶.

Para os demais casos, o requisito se tornou mais rigoroso do que na legislação atual, ou se manteve o mesmo, exceto, como se verá mais à frente, para o tráfico de

32 BAHIA. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização. **População Carcerária**. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/index.php/populacao-carceraria>> Acesso em: 05 jul. 2012.

33 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 239. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

34 BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

35 A esse respeito, ver ARAUJO, Alan Roque Souza de. **O que há por trás das lentes de vigilância indireta: um estudo crítico sobre o monitoramento eletrônico instituído pela Lei 12.258/2010**. In: PRADO, Daniel Nicory do; XIMENES, Rafson Saraiva. **Redesenhando a Execução Penal 2: por um discurso emancipatório democrático**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 357-419.

entorpecentes praticado por réus primários, com bons antecedentes e não envolvidos em organização criminosa.

Os autores de crimes não hediondos violentos e os reincidentes tiveram o requisito elevado de 1/6 (um sexto) para 1/3 (um terço) da pena. Além deles, foi estabelecida uma categoria vaga, em que os autores de crimes que tenham causado “grave lesão à sociedade” terão a progressão sujeita ao mesmo requisito dos delitos não hediondos violentos.

Segundo os dados do INFOPEN, cerca de 162.309 (cento e sessenta e duas mil, trezentas e nove mil) pessoas estão presas³⁷, perfazendo 31,83% da população carcerária, por crimes não hediondos violentos, e, embora não sejam afetados imediatamente, em razão do princípio da irretroatividade, pode-se tomá-los como base para afirmar que todo esse contingente será retido pelo dobro do tempo num regime mais gravoso do que o permitido pela legislação em vigor.

Os reincidentes em crimes violentos ou gravemente lesivos e os condenados por crimes hediondos passarão a ter a progressão após o cumprimento de ½ (metade) da pena. Embora o INFOPEN não permita o cruzamento de dados entre os reincidentes em cada delito, é possível ter um registro fiel do número de presos por crimes hediondos: são 194.152, sendo 125.744 por tráfico. É necessário separar o tráfico dos demais, pois, como se verá a seguir, o anteprojeto faz uma alteração importante no enquadramento do delito como hediondo³⁸.

Portanto, para os 13,03% da população carcerária representados pelos 67.000 presos pelos demais crimes hediondos, o rigor do cumprimento da pena aumentará, visto que, atualmente a sua progressão se dá após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena³⁹. A elevação será gradual, é claro, em razão do princípio da irretroatividade da lei penal, exceto se forem reincidentes, pois, nesse caso, o requisito temporal de 3/5 (três quintos) da pena, previsto na legislação vigente, foi mantido no anteprojeto⁴⁰.

A estimativa precisa do aumento ou da diminuição do rigor dos dispositivos referentes à progressão de regime não é possível, pois, como dito, o INFOPEN não

36 GONÇALVES, *et alli.* p. 234..

37 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

38 *Ibidem.* p. 3-4.

39 BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

traz informações sobre a reincidência ou primariedade dos presos, e, por consequência, não permite a obtenção de cifras específicas para cada espécie de delito.

Em todo o caso, pode-se deduzir que o aumento do rigor atingirá um número ainda maior do que os 43% da população carcerária representados pelos autores de crimes violentos não hediondos e de hediondos, exceto o tráfico, já que a inclusão dos dados referentes à reincidência só elevaria o contingente de presos sujeitos a um regime mais rigoroso do que o atual.

2.7 Restabelecimento da obrigatoriedade do exame criminológico para progressão

O anteprojeto, em seu art. 47, § 1º, pretende reintroduzir na legislação o exame criminológico como requisito para a progressão de regime, que havia sido revogado por meio da Lei 10.792/2003. Embora a jurisprudência tenha continuado a entender cabível o exame, quando julgado necessário, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ter editado a Súmula Vinculante nº 26, para tratar do tema⁴¹, ficou estabelecido, desde a alteração legislativa, que a perícia psicológica seria de caráter facultativo e não obrigatório.

A proposta da Comissão dos Juristas quer restabelecer a obrigatoriedade do exame, que é objeto de muita contestação pelos profissionais responsáveis por sua feitura, tanto quanto à sua eficácia para os fins pretendidos por lei, quanto à eticidade de sua realização por um psicólogo. Além disso, o anteprojeto sugere a atribuição da responsabilidade pelo exame ao Conselho Penitenciário, ao invés de deixá-lo a cargo da equipe técnica de cada estabelecimento penal.

Se a proposta tem a vantagem de concentrar a atividade de toda a Unidade da Federação num só órgão e, portanto, padronizar os seus critérios e resultados, a desvantagem é provável sobrecarga de um órgão da execução penal cujo papel, historicamente, vem sendo reduzido nas últimas décadas, sobretudo com a retirada,

40 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 234. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> Acesso em: 05 jul. 2012.

pela mesma Lei 10.792/2003, de sua competência para dar parecer sobre o livramento condicional.

Prevendo o risco da sobrecarga, a Comissão de Juristas estabeleceu, no art. 47, § 2º, que o excesso de prazo para a realização do exame implica a sua dispensa e a avaliação do pedido com base apenas nas circunstâncias objetivas⁴².

Embora não seja objeto do presente trabalho a discussão dogmática ou político-jurídica da conveniência de cada uma das propostas, mas apenas a avaliação do impacto do anteprojeto sobre a lotação do sistema carcerário, é preciso registrar que o exame criminológico, como instituto, é criticado severamente pela doutrina mais garantista por representar um resquício da criminologia etiológica que pretende um juízo científico sobre o ser do criminoso cuja correção metodológica já foi, há muito, refutada e que representa um inaceitável traço autoritário para uma sociedade que se pretende democrática⁴³.

2.8 Progressão por salto em caso de inexistência de vaga no regime semiaberto

Apesar de, em geral, o rigor para a progressão de regime ter sido aumentado no anteprojeto, há uma disposição que representará, na prática, a diminuição do controle penal: segundo o art. 47, § 4º⁴⁴, caso não haja, por razão atribuída ao Poder Público, vaga no regime semiaberto, a progressão se dará diretamente para o aberto. Segundo o INFOPEN, havia, em dezembro de 2011, 48.501 (quarenta e oito mil, quinhentas e uma) vagas no regime para 71.403 (setenta e um mil, quatrocentos e três) custodiados, representando um excesso de 22.902 (vinte e duas mil, novecentos e duas) pessoas⁴⁵, que, com a entrada do Código em vigor, em razão da retroatividade benéfica, teriam de ser postas imediatamente em liberdade.

Esse dispositivo, aliás, exigiria uma disposição transitória, para determinar quem deveria ter prioridade na progressão por salto, no caso da retroatividade

42 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 235. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

43 Ver, por todos, XIMENES, Rafson Saraiva. **Exame criminológico, Execução Penal e a legislação**. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do. **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 31-56.

44 GONÇALVES *et alli*. Op. Cit. p. 235.

45 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 1.

benéfica, até a extinção do excesso de contingente em cada estabelecimento. Creio que, além da prioridade legal dos idosos e portadores de deficiência, devem ter prioridade aqueles que estiverem mais perto de atingir o requisito temporal para a progressão para o regime aberto.

Tal proposta será um instrumento eficaz de controle da superlotação nos estabelecimentos de regime semiaberto, sobretudo no curto prazo. No entanto, com o aumento do rigor da progressão, o influxo a partir do regime fechado será gradualmente menor, concentrando exatamente no regime mais gravoso o déficit de vagas, para o qual não foi oferecida uma solução normativa pelo anteprojeto.

2.9 Extinção do livramento condicional e do *sursis*

Talvez a proposta mais controversa do anteprojeto seja a extinção do livramento condicional e do *sursis*. Na exposição de motivos, a Comissão de Juristas disse crer que os institutos estão defasados e que o abrandamento do regime aberto compensará o fim do livramento, já que, em muitas comarcas, eles já estariam sobrepostos⁴⁶. Além disso, os proponentes entendem que o livramento traz um prejuízo para os presos, consistente na perda do período de prova em caso de cometimento de delito durante o curso do livramento⁴⁷.

Embora, de fato, a perda do período de prova seja um sério prejuízo, que será evitado com a aprovação do anteprojeto, não é possível dizer que o regime aberto será idêntico ao atual livramento, por três motivos: na legislação em vigor, o liberado condicional não está sujeito nem ao recolhimento domiciliar, nem ao monitoramento eletrônico, nem ao cumprimento de penas restritivas de direitos.

Além disso, a extinção do livramento representará um aumento da permanência no cárcere para todos os sentenciados que iniciarem o cumprimento da pena em regime fechado, em razão da soma dos prazos necessária ao recebimento de duas progressões de regime, quando comparados aos atuais requisitos temporais do livramento.

Os presos em regime fechado (203.446 – duzentos e três mil, quatrocentos e quarenta e seis) representavam, no fim de 2011, quase o triplo do contingente dos

46 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 239. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

47 *Ibidem*. p. 233.

apenados em regime semiaberto (71.403 – setenta e um mil, quatrocentos e três) ou, excluindo os presos provisórios (173.818 – cento e setenta e três mil, oitocentos e dezoito), 59,77% da população carcerária⁴⁸.

No caso do *sursis*, embora ele tenha sido parcialmente superado pelo aumento do alcance das penas restritivas de direitos, na reforma do Código Penal pela Lei nº 9.714/98⁴⁹, o instituto continuou tendo importante aplicação residual, nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça que poderiam ter penas iguais ou inferiores a dois anos, cuja pena privativa de liberdade não é conversível, e continuará não o sendo com a aprovação do anteprojeto, como a lesão corporal em diversas modalidades (decorrente de violência doméstica, grave e gravíssima) e os crimes patrimoniais violentos na forma tentada (como o roubo e a extorsão simples), em que o caso concreto pode indicar a evidente desproporcionalidade e desnecessidade da prisão, diante do qual o *sursis* é o único instrumento jurídico positivo disponível para evitar o encarceramento.

Por isso, ambos os institutos ainda têm importante aplicação prática e a sua extinção não será compensada pelo abrandamento do regime aberto nem pela tímida extensão das possibilidades de aplicação da pena restritiva de direitos formuladas pelo anteprojeto, levando a um considerável aumento do controle penal.

2.10 Modificações no rol de crimes hediondos

O claro esforço de recodificação empreendido pela Comissão de Juristas (que pode ser inútil se não for aprovada, em paralelo, uma reforma constitucional que imponha a reserva de lei complementar para a legislação penal) pode ser percebido na inclusão da relação de crimes hediondos no próprio Código Penal, no art. 56 do anteprojeto⁵⁰.

As principais alterações, em comparação com a lei vigente, são a exclusão do tráfico privilegiado e a inclusão de figuras como o tráfico de pessoas, o racismo e a redução à condição análoga à de escravo. Os crimes incluídos no rol têm, atualmente, pouquíssima representação na população carcerária, tanto que os dados do INFOPEN só registram um deles, no caso, o tráfico de pessoas que,

48 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 1.

49 Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

somando as modalidades internacional e interna, contabiliza apenas 101 (cento e um) presos, ou 0,02% do contingente.

Por outro lado, a figura excluída, o tráfico privilegiado, tem presença mais expressiva. Embora o INFOPEN só registre o número total de encarcerados por tráfico de drogas, em todas as suas modalidades, que é de 125.744 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro) pessoas, ou 24.43% do total, foram desenvolvidas, no país, importantes pesquisas empíricas sobre o perfil do condenado por tráfico, que permitem uma mensuração mais adequada.

Merece destaque o trabalho “Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais”, de Luciana Boiteux, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Beatriz Vargas, Vanessa Oliveira Baptista e Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, segundo os quais 66,99% dos réus condenados por tráfico de drogas, nos casos que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), eram primários com bons antecedentes e, portanto, preenchiam parte do requisito da causa de redução de pena⁵¹, mas ela foi aplicada apenas a 6,59% dos sentenciados⁵². Tal estudo revela uma certa resistência dos magistrados à aplicação da minorante, que contribui para o aumento da população carcerária e, por consequência, diminui o impacto positivo da proposta do anteprojeto que, se aprovada, pode levar a uma resistência ainda maior.

Quanto aos casos decididos pelos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, houve redução de pena em 49,52% dos processos estudados, e isso se deveu, em sua quase totalidade, à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o chamado tráfico privilegiado⁵³. Embora esse dado seja bastante diferente do encontrado nos acórdãos do STJ, uma constatação se repetiu: há uma certa resistência dos juízes ao reconhecimento da minorante, e isso ficou comprovado pelo fato de a sua aplicação ter sido negada sem qualquer

50 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 30. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

51 BOITEUX, Luciana *et alli*. **Tráfico de drogas e constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro; Brasília: Universidade de Brasília, 2009. p. 111. Disponível em: <http://www.vepema.com.br/vepema/cariboost_files/RELAT_C3_93RIO_20DE_20PESQUISA_20TR_C3_81FICO_20DE_20DROGAS_20E_20CONSTITUI_C3_87_C3_83O.pdf> Acesso em: 05 jul 2012.

52 *Ibidem*. p. 127.

53 *Ibidem*.

fundamentação em 39,7% dos casos ocorridos no Distrito Federal e 36,2% dos registrados no Rio de Janeiro⁵⁴.

Embora esse tipo de recurso diminua a precisão metodológica, adotar-se-á o percentual de reconhecimento do tráfico privilegiado encontrado por BOITEUX *et alli* para estimar a sua frequência na população carcerária contabilizada pelo INFOPEN. Considerando que 49,52% dos condenados por tráfico, na amostra coletada no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, tiveram a redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e pressupondo que o perfil do resto do país é idêntico, ter-se-ia, dos 125.744 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro) presos por tráfico, 62.268 (sessenta e dois mil, duzentas e sessenta e oito) pessoas enquadradas na figura do tráfico privilegiado, que deixará de ser hediondo em caso de aprovação do anteprojeto, representando 12,10% da população carcerária total, percentual que será usado daqui por diante para a estimar os impactos do anteprojeto.

2.11 Quadro comparativo dos efeitos da parte geral da legislação em vigor e do anteprojeto

Abaixo, apresenta-se um quadro comparativo das principais alterações propostas pela Comissão de Juristas à Parte Geral do Código Penal, com os dispositivos equivalentes na legislação vigente, no que diz respeito ao seu impacto sobre o sistema carcerário:

Quadro 1 – Comparação das disposições da parte geral na legislação em vigor e no anteprojeto

| Hipótese / percentual da pena | Incidência na população carcerária | Legislação em vigor | | | Anteprojeto | | |
|---|------------------------------------|---------------------|---------------|------------|---------------|---------------|---------------------|
| | | 1ª Progressão | 2ª Progressão | Livramento | 1ª Progressão | 2ª Progressão | Livramento |
| Primário em crime não violento e não hediondo | 0 a 23,97% | 16,66% | 30,54% | 33,33% | 16,66% | 30,54% | Sem previsão |
| Tráfico privilegiado | 12,10% (ver item 2.8) | 40% | 64% | 66,66% | 16,66% | 30,54% | Sem previsão |
| Reincidente em crime não | * | 16,66% | 30,54% | 50% | 33,33% | 55,55% | Sem previsão |

54 *Ibidem.* p. 175.

| | | | | | | | |
|--|---------------------------|--------|--------|---------------|---------------|---------------|---------------------|
| violento e não hediondo | | | | | | | |
| Primário em crime violento não hediondo | 0 a 31,83% | 16,66% | 30,54% | <u>33,33%</u> | 33,33% | 55,55% | Sem previsão |
| Primário em crime não violento de grave lesão à sociedade | 0 a 0,25% | 16,66% | 30,54% | <u>33,33%</u> | 33,33% | 55,55% | Sem previsão |
| Reincidente em crime violento não hediondo ou de grave lesão à sociedade | * | 16,66% | 30,54% | <u>50%</u> | 50% | 75% | Sem previsão |
| Primário e autor de crime hediondo | 0 a 25,66% (ver item 2.8) | 40% | 64% | 66,66% | 50% | 75% | Sem previsão |
| Reincidente e autor de crime hediondo | * | 60% | 84% | 66,66% | 60% | 84% | Sem previsão |
| Reincidente em crime hediondo | * | 60% | 84% | Sem previsão | 60% | 84% | Sem previsão |

Em resumo, o rigor da legislação penal aumentará para toda a população carcerária com a extinção do livramento e diminuirá, embora não de forma equivalente, para todo o contingente, com a mudança da forma de execução do regime aberto.

Já quanto à permanência dos presos nos regimes fechado e semiaberto, o rigor só diminuirá para os condenados por tráfico privilegiado, que representam 12,10% da população. Ao contrário, para um contingente de 57,49% do total dos presos, composto pelos autores de crimes violentos e de crimes hediondos, o rigor aumentará, com permanências mais longas nos regimes mais gravosos, sobretudo no fechado. Por fim, a situação só permanecerá idêntica para um contingente não superior a 23,97% dos encarcerados, que são os primários autores de crimes não violentos e não hediondos.

Uma questão não resolvida pelo anteprojeto diz respeito à fração de pena necessária para a segunda progressão. O Superior Tribunal de Justiça entende que a fração legal incide sobre o restante da pena, contado da data da primeira progressão⁵⁵. O quadro acima foi feito baseado nesse entendimento, embora não se

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. *Habeas Corpus nº 133290/RS*. Diário da Julgamento em 01/09/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=133290&b=ACOR> Acesso em: 05 jul. 2012.

ignore a existência de entendimentos em contrário. O anteprojeto, ao repetir basicamente o teor da legislação em vigor, deixou em aberto a discussão.

3 A CONVERSÃO DA PENA DE MULTA EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A conversão de pena privativa de liberdade, em caso de inadimplemento sem justificativa, existia, no Brasil, até a reforma do Código Penal pela Lei 9.268/1996, que excluiu essa possibilidade, então prevista no art. 51⁵⁶. Por entender que a transformação da pena de multa em mera dívida de valor não funcionou adequadamente⁵⁷, a Comissão reinstituíu a conversibilidade da pena de multa em pena de prisão, embora de forma indireta. Segundo o anteprojeto, a multa inadimplida é primeiro convertida em prestação de serviços à comunidade, que, se também for descumprida, se converte em prisão⁵⁸.

Essa previsão pode ter impacto sobre o sistema carcerário especialmente nos crimes relacionados com as drogas, cujas penas de multa são cominadas num patamar elevado de dias-multa, frequentemente superior a 1.000 (mil) em seu grau máximo, tanto na legislação em vigor como no anteprojeto⁵⁹.

4 PARTE ESPECIAL: PENAS DOS CRIMES DE MAIOR INCIDÊNCIA NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Enfrentadas as principais questões da parte geral, cabe observar as penas cominadas no anteprojeto para os delitos de maior incidência na composição atual da população carcerária. Adotou-se, como ponto de corte, o valor de 2% (dois por cento) da população carcerária, que, segundo os dados do INFOPEN, era de 10.291 (dez mil, duzentos e noventa e um) presos em dezembro de 2011.

4.1 Homicídio nas formas simples e qualificada

Segundo o INFOPEN, havia 32.101 (trinta e dois mil, cento e um) presos por homicídio qualificado, e 26.968 (vinte e seis mil, novecentos e sessenta e oito) por

56 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

57 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 249. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

58 *Ibidem*, p. 249.

59 *Ibidem*. p. 98-102.

homicídio simples em dezembro de 2011, perfazendo um total de 59.069 (cinquenta e nove mil e sessenta e nove) encarcerados⁶⁰, ou 11,47% da população carcerária.

Para esse contingente, não haverá alteração significativa, eis que as penas de ambas as formas delitivas foram mantidas no anteprojeto, respectivamente, em 6 (seis) a 20 (vinte) e 12 (doze) a 30 (trinta) anos de prisão⁶¹, que optou, inclusive, pela manutenção da descrição no art. 121, para manter a tradição da numeração amplamente conhecida pela sociedade⁶². Houve, é verdade, uma pequena alteração na configuração das qualificadoras, mas que terá pouco efeito prático sobre a população carcerária.

4.2 Furto nas formas simples e qualificada

Segundo o INFOPEN, havia 34.932 (trinta e quatro mil, novecentos e trinta e dois) presos por furto qualificado e 34.292 (trinta e quatro mil, duzentos e noventa e dois) presos por furto simples em dezembro de 2011, perfazendo um total de 69.224 (sessenta e nove mil, duzentos e vinte e quatro) encarcerados⁶³, ou 13,45% da população carcerária.

Para esse contingente, a alteração é maior que a do homicídio, visto que:

a pena do furto simples foi reduzida, de 1 (um) a 4 (quatro) anos para 6 (seis) meses a 3 (três) anos de reclusão; ou seja, em 50% na pena mínima e 25% na pena máxima;

foram aumentadas as hipóteses de furto majorado, com pena de 9 (nove) meses a 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de prisão, para equiparar ao furto noturno os casos atualmente previstos como furto qualificado, cuja pena atual é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, com redução, na prática, de 25% na pena mínima e 43% na pena máxima;

foi mantida em 2 (dois) a 8 (oito) anos de prisão a pena do furto qualificado, embora tenham sido modificadas totalmente as suas hipóteses legais, abrangendo fatos, por um lado, hoje enquadrados como furto simples (tais como tirar proveito de desastre para o furto e a subtração de bem público), representando uma elevação

60 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

61 GONÇALVES *et alli*. op. cit. p. 55.

62 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos et alli. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 7. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

63 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

da pena, e, por outro lado, o furto de veículo para destinação interestadual ou internacional, cuja pena atual é de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, significando, nesse caso, uma redução de 33% da pena mínima⁶⁴;

foi criada a figura do furto com explosivo, para atender ao clamor popular diante dos reiterados ataques a caixas eletrônicos com esse *modus operandi*, com pena de prisão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos⁶⁵, situação que atualmente não têm previsão específica e, por isso, é enquadrada no furto qualificado em concurso com o delito de explosão, cujas penas somadas ficam em 5 (cinco) a 10 (dez) anos de reclusão⁶⁶.

Pelos dados do INFOPEN, haverá um considerável efeito imediato de descarcerização, com a retroatividade benéfica da redução das penas do furto simples e das hipóteses de furto qualificado reconfiguradas como furto majorado. Por outro lado, não há dados disponíveis para uma previsão confiável do efeito que as alterações mais gravosas do furto com explosivo e dos casos de furto simples reconfigurados como furto qualificado.

4.3 Roubo nas formas simples e majorada

Segundo o INFOPEN, havia 84.527 (oitenta e quatro mil, quinhentos e vinte e sete) presos por roubo majorado e 48.572 (quarenta e oito mil, quinhentos e setenta e dois) por roubo simples, perfazendo 133.099 (cento e trinta e três mil e noventa e nove) encarcerados⁶⁷, ou 25,86% da população carcerária.

Para esse contingente, haverá, em todos os casos, diminuição do rigor, eis que as penas tanto das formas simples como das majoradas (agora renomeadas como roubo qualificado, como já eram impropriamente conhecidas na prática) foram reduzidas de forma considerável.

Para o roubo simples, haverá redução de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão para 3 (três) a 6 (seis) anos de prisão, ou 25% de redução da pena mínima e 40% de redução da pena máxima. Para o majorado, agora renomeado como qualificado, haverá redução de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses a 15 (quinze) anos

64 GONÇALVES *et alli*. op. cit. p. 72.

65 *Ibidem*. p. 73.

66 BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

67 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

de reclusão para 4 (quatro) a 8 (oito) anos de prisão, ou 25% de redução da pena mínima e 46% de redução da pena máxima.

Além disso, foi criada a figura do roubo privilegiado, com redução de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) da pena “no crime praticado sem violência real quando a coisa subtraída for de pequeno valor e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima, nem causar-lhe dano psicológico relevante”⁶⁸

4.4 Roubo com lesões graves e latrocínio

Segundo o INFOPEN, havia 14.266 (catorze mil, duzentos e sessenta e seis) presos por latrocínio em dezembro de 2011⁶⁹, perfazendo 2,77% da população carcerária, para os quais não haverá alteração, eis que as penas do anteprojeto foram mantidas no mesmo patamar da legislação em vigor, a saber, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de prisão.

4.5 Receptação simples

Segundo o INFOPEN, havia 11.316 (onze mil, trezentos e dezesseis) presos por receptação simples em dezembro de 2011, ou 2,19% da população carcerária⁷⁰. A pena mínima do delito foi mantida em 1 (um) ano, mas a máxima foi aumentada de 4 (quatro) para 5 (cinco) anos de prisão⁷¹, representando uma elevação de 25%, que, em razão do princípio da irretroatividade, não terá nenhum efeito imediato, mas apenas sobre as condutas praticadas após o início da vigência do novo código.

4.6 Estupro

De acordo com o INFOPEN, havia 19.363 (dezenove mil, trezentos e sessenta e três) presos pelos delitos de estupro e atentado violento ao pudor⁷², este último revogado desde 2009, e integrado à primeira figura delitiva, ou 3,76% da população carcerária. O sistema de informações ainda não começou a computar os

68 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 73-74. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

69 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

70 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

71 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 77. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

72 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 3.

encarcerados pelo crime de estupro de vulnerável inserido no ordenamento jurídico pela Lei 12.015.

O tipo de estupro foi reconfigurado para abranger apenas a prática de atos sexuais vaginais, orais e anais⁷³, separando outras formas de violência sexual em dois novos tipos, o de introdução de objetos, com pena idêntica à do estupro, e o de molestamento sexual, com pena significativamente menor, a saber, de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, medida que já era reclamada há muito pela doutrina, dada a desproporção entre essas condutas e as de contato sexual forçado menos intensas, como o beijo lascivo, ou, segundo a comissão, o “afago sexual nas partes íntimas da vítima”⁷⁴. Não há como afirmar com segurança que percentual da atual população carcerária será beneficiado com essa redução de pena, e com a descaracterização de sua hediondez.

4.7 Tráfico ilícito de entorpecentes

De acordo com o INFOPEN, havia 125.744 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro) presos por tráfico ilícito de entorpecentes⁷⁵, ou 24,43% da população carcerária. As penas da legislação em vigor foram mantidas tanto para figura básica como para as hipótese de tráfico privilegiado e de tráfico majorado, como o internacional, por exemplo. No entanto, como dito anteriormente, houve uma importante mudança no regime de execução das penas, com a retirada do caráter hediondo do tráfico privilegiado.

4.8 Porte ilegal de arma de uso permitido

Segundo o INFOPEN, havia 17.960 (dezessete mil, novecentos e sessenta) presos por porte ilegal de arma de fogo ou munição de uso permitido⁷⁶, representando 3,49% da população carcerária. Para esse contingente, o rigor da legislação diminuiu, eis que as penas foram reduzidas de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de reclusão para 1 (um) a 3 (três) anos de prisão, ou seja, diminuindo 50% da pena

73 GONÇALVES *et alli.* op cit. p. 321-322.

74 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alli.* **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal.** p. 322. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012..

75 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Op. Cit. p. 4.

76 *Ibidem.* p. 4.

mínima e 25% da pena máxima, equiparando-as à posse ilegal de arma de uso permitido.

4.9 Quadro comparativo entre as penas dos delitos de maior incidência na população carcerária

Abaixo, apresenta-se um quadro comparativo das modificações dos patamares das penas mínimas e máximas das onze figuras delitivas de maior incidência na população carcerária que, somadas, respondem por 87,40% do total dos presos.

Para 42,78% do atual contingente, haverá diminuição do rigor das penas, com efeito imediato, em razão do princípio da retroatividade da lei mais benéfica; para 42,43%, o rigor permanecerá o mesmo; para 2,19%, o rigor das penas aumentará, com efeito apenas para os fatos ocorridos após a vigência do novo código.

Quadro 2 – Alteração das penas dos crimes de maior incidência na população carcerária.

| Delito | Incidência na população carcerária | Aumento da pena (em %) | | Diminuição da pena (em %) | |
|---|------------------------------------|------------------------|-------------|---------------------------|-------------|
| | | Pena Mínima | Pena Máxima | Pena Mínima | Pena Máxima |
| Homicídio Simples | 5,24% | --- | --- | --- | --- |
| Homicídio Qualificado | 6,23% | --- | --- | --- | --- |
| Furto Simples | 6,66% | --- | --- | 50% | 25% |
| Furto Qualificado | 6,78% | --- | --- | 62,5% | 43% |
| Roubo Simples | 9,43% | --- | --- | 25% | 40% |
| Roubo Majorado | 16,42% | --- | --- | 25% | 46% |
| Latrocínio | 2,77% | --- | --- | --- | --- |
| Receptação Simples | 2,19% | --- | 25% | --- | --- |
| Estupro + Atentado Violento ao Pudor | 3,76% | --- | --- | --- | --- |
| Tráfico Ilícito de Entorpecentes | 24,43% | --- | --- | --- | --- |
| Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido | 3,49% | --- | --- | 50% | 25% |

5 PROJEÇÃO DO IMPACTO DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 2012 SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO

A análise, em separado, das propostas da Comissão de Juristas, referentes à parte geral e à parte especial do Código Penal, indica que, como tendência principal,

o anteprojeto pretende reduzir a duração das penas privativas de liberdade, mas, em compensação, aumentar o rigor de sua execução.

Como se trata de proposições em sentidos opostos, pode-se constatar que, no curto prazo, haverá um considerável efeito descarcerizador, com a aplicação apenas da parte benéfica aos apenados do anteprojeto, permitida expressamente pelo art. 2º, § 2º, que positivou a chamada “combinação de leis penais”⁷⁷, que gera polêmica na doutrina e na jurisprudência.

No entanto, ainda não foi possível definir com clareza qual será o efeito real do novo Código quando a maior parte da população encarcerada tiver praticado os delitos após a sua vigência. É por isso que o quadro a seguir tentará traçar, para os delitos de maior incidência na população carcerária, o tempo de permanência em cada regime, em diversas situações hipotéticas:

Quadro 3 – Projeção do impacto do anteprojeto do Código Penal no sistema penitenciário.

| Delito | % da população carcerária | Hipótese | Legislação em vigor | | | Anteprojeto | | |
|-----------------------|---------------------------|---------------------------|---------------------|---------------|--------------|---------------|---------------|------------|
| | | | 1ª Progressão | 2ª Progressão | Livramento | 1ª Progressão | 2ª Progressão | Livramento |
| Homicídio Simples | 5,24% | Primário – pena mínima | 1A | 1 A 10M | <u>2A</u> | <u>2A</u> | 3A 4M | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 3A 4M | 6A 1M 10 D | <u>6A 8M</u> | <u>6A 8M</u> | 11A 1M 10 D | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 1A | 1 A 10M | <u>3A</u> | <u>3A</u> | 4A 6M | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 3A 4M | 6A 1M 10 D | <u>10A</u> | <u>10A</u> | 15A | Não terá |
| Homicídio Qualificado | 6,23% | Primário – pena mínima | 4A 9M 20D | 7A 8M 4D | 8A | 6A | 9A | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 12A | 19A 2M 12D | 20A | 15A | 22A 6M | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 7A 2M 12D | 10A 0M 28D | * | 7A 2M 12D | 10A 0M 28D | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 18A | 25A 2M 12D | * | 18A | 25A 2M 12D | Não terá |
| Furto | 6,66% | Primário | 0A 2M | 0A 3M 20D | 0A 4M | 0A 1M | 0A 1M | Não terá |

77 GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos *et alii*. **Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal**. p. 208. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

| | | | | | | | | |
|-----------------------------|--------|---------------------------|---------|------------|--------------|-----------|--------------|----------|
| Simples | | – pena mínima | | | | | 25D | |
| | | Primário – pena máxima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 1A 4M | 0A 6M | 0A 11M | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 0A 2M | 0A 3M 20D | 0A 6M | 0A 2M | 0A 3M 10D | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 2A | 1A | 1A 8M | Não terá |
| Furto Qualificado | 6,78% | Primário – pena mínima | 0A 4M | 0A 7M 10D | 8M | 0A 1M 15D | 0A 2M 22D | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 1A 4M | 2A 5M 10D | 2A 8M | 0A 9M | 1A 4M 15D | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 0A 4M | 0A 7M 10D | 1A | 0A 3M | 0A 5M | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 1A 4M | 2A 5M 10D | 4A | 1A 6M | 2A 6M | Não terá |
| Roubo Simples | 9,43% | Primário – pena mínima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 1A 4M | 1A | 1A 8M | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 1A 8M | 3A 0M 20D | <u>3A 4M</u> | 2A | <u>3A 4M</u> | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 2A | 1A 5M | 2A 3M | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 1A 8M | 3A 0M 20D | 5A | 3A | 4A 6M | Não terá |
| Roubo Majorado /Qualificado | 16,42% | Primário – pena mínima | 10M 20D | 1A 4M 15D | 1A 9M 10D | 1A 4M | 2A 2M 20D | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 2A 6M | 4A 7M | 5A | 2A 8M | 4A 5M 10D | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 10M 20D | 1A 4M 15D | 2A 8M | 2A | 3A | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 2A 6M | 4A 7M | 7A 6M | 4A | 6A | Não terá |
| Latrocínio | 2,77% | Primário – pena mínima | 8A | 12A 9M 18D | 13A 4M | 10A | 15A | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 12A | 19A 2M 12D | 20A | 15A | 22A 6M | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 12A | 16A 9M 18D | * | 12A | 16A 9M 18D | Não terá |
| | | Reincidente | 18A | 25A 2M | * | 18A | 25A 2M | Não terá |

| | | | | | | | | |
|---|-----------------------|----------------------------|----------|-----------|-----------|---------------|------------------|----------|
| | | te – pena máxima | | 12D | | | 12D | |
| Receptação Simples | 2,19% | Primário – pena mínima | 0A 2M | 0A 3M 20D | 0A 4M | 0A 2M | 0A 3M 20D | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 1A 4M | 0A 10M | 1A 6M 10D | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 0A 2M | 0A 3M 20D | 0A 6M | 0A 4M | 0A 6M 20D | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 2A | 1A 8M | 2A 9M 10D | Não terá |
| Estupro + Atentado Violento ao Pudor | 3,76% | Primário – pena mínima | 2A 4M 2D | 3A 10M 2D | 4A | 3A | 4A 6M | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 4A | 6A 4M 24D | 6A 8M | 5A | 7A 6M | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 3A 7M 6D | 5A 0M 14D | * | 3A 7M 6D | 5A 0M 14D | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 6A | 8A 4M 24D | * | 6A | 8A 4M 24D | Não terá |
| Tráfico de Drogas | 12,10% (ver item 2.8) | Privilegiado – pena mínima | 0A 8M | 1A 0M 24D | 1A 1M 10D | 0A 3M 10D | 0A 6M 3D | Não terá |
| | | Privilegiado – pena máxima | 4A | 6A 4M 24D | 6A 8M | 1A 8M | 3A 0M 20D | Não terá |
| | 12,33% (ver item 2.8) | Primário – pena mínima | 2A | 3A 2M 12D | 3A 4M | 2A 6M | 3A 9M | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 6A | 9A 7M 6D | 10A | 7A 6M | 11A 3M | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 3A | 4A 2M 12D | * | 3A | 4A 2M 12D | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 9A | 12A 7M 6D | * | 9A | 12A 7M 6D | Não terá |
| Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido | 3,49% | Primário – pena mínima | 0A 4M | 0A 7M 10D | 0A 8M | 0A 2M | 0A 3M 20D | Não terá |
| | | Primário – pena máxima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 1A 4M | 0A 6M | 0A 11M | Não terá |
| | | Reincidente – pena mínima | 0A 6M | 0A 7M 10D | 1A | 0A 4M | 0A 6M 20D | Não terá |
| | | Reincidente – pena máxima | 0A 8M | 1A 2M 20D | 2A | 1A | 1A 8M | Não terá |

A combinação de todas as hipóteses acima traz algumas revelações surpreendentes: nos crimes em que a pena foi reduzida, o aumento do rigor na execução prolongará, na prática, a permanência dos apenados nos regimes mais severos, retomando a tendência para a superlotação carcerária, após a absorção do efeito descarcerizador de curto prazo.

Mesmo nas modalidades simples e qualificada (agora majorada) do furto, e no porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, em que haverá redução da pena e só haverá aumento de rigor na execução para os reincidentes, com pena aplicada além do mínimo, o impacto alcançará a maior parte da população encarcerada por esses delitos, já que, para os primários, a substituição da prisão por penas restritivas de direitos é a tendência largamente predominante em caso de condenação.

Embora não haja informações disponíveis a esse respeito nos dados públicos do INFOPEN, é bastante plausível a presunção de que a maior parte dos encarcerados por furto e porte ilegal de arma é de reincidentes, que, portanto, terão sua permanência prolongada nos regimes mais severos de privação de liberdade.

A única hipótese em que realmente haverá, de forma indiscutível, redução da permanência no cárcere, é a dos condenados por tráfico privilegiado, em razão da proposta de sua retirada do rol de crimes hediondos. Em todos os demais casos, a carcerização não diminuirá.

O crime de roubo é um exemplo paradigmático: apesar da redução das penas mínima e máxima, nas formas simples e qualificada, de, respectivamente, 25% (vinte e cinco) e até 46% (quarenta e seis por cento), o aumento do rigor na execução representará, na prática, um prolongamento da permanência no regime inicial de, no mínimo, dois meses e, no máximo, um ano e quatro meses, a depender do caso. Para os que iniciarem a pena em regime fechado, o aumento do tempo até a progressão para o aberto oscilará entre um ano e um ano e seis meses.

Para o homicídio simples e para os crimes hediondos, em que não houve mudança na pena, o aumento do rigor na execução tornará mais longa a permanência nos regimes mais severos de privação de liberdade, exceto, no segundo caso, para os reincidentes, para os quais os prazos de progressão serão mantidos.

6 CONCLUSÕES

Os estudos realizados permitem as seguintes conclusões:

O anteprojeto de Código Penal entregue ao Senado Federal apresenta, como tendência principal, a redução da duração das penas de prisão dos crimes de maior incidência na população carcerária, de um lado; e o aumento no rigor da sua execução, de outro.

As principais mudanças na Parte Geral, em termos de impacto no sistema penal, são: a extinção do livramento condicional e do *sursis*; a transformação do regime aberto em recolhimento domiciliar; a elevação dos prazos para a progressão de regime em várias hipóteses; e a retirada do caráter hediondo do tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

As principais mudanças na Parte Especial são: a redução das penas do crime de furto, nas modalidades simples e majorada, que passou a abarcar boa parte das atuais hipóteses de furto qualificado; a redução das penas do crime de roubo, nas modalidades simples e majorada, agora denominada qualificada; a elevação da pena máxima do crime de receptação simples; a redução das penas do crime de porte ilegal de arma de uso permitido.

Como qualquer lei que, simultaneamente, traz algumas disposições mais rigorosas e outras disposições mais brandas, só retroage em sua parcela mais benéfica ao réu, o efeito de curto prazo da aprovação do anteprojeto de Código Penal será descarcerizador, reduzindo o tempo de prisão, nos regimes mais severos, de um contingente de 54,88% dos presos.

No entanto, passado o efeito descarcerizador resultante da retroatividade benéfica, o rigor da lei aumentará para um contingente entre 45,38% e 87,40% dos encarcerados. Essa margem tão ampla na estimativa decorre da insuficiência dos dados públicos do INFOPEN, mas é praticamente certo que o percentual real estará bem mais próximo do patamar máximo, em razão dos diversos motivos expostos ao longo deste trabalho, como, por exemplo, o fato de que o aumento de rigor na execução das penas dos presos por crimes não hediondos e não violentos (furto e receptação, entre outros) se dará para os reincidentes, justamente os principais afetados pela mudança, já que os primários condenados por tais delitos muito provavelmente terão a prisão substituída por penas restritivas de direitos.

O principal fundamento para a extinção de institutos como o Livramento Condicional e o *sursis* está na sua alegada defasagem histórica, e na sua sobreposição por outros institutos, como, respectivamente, o regime aberto e as penas restritivas de direitos. No entanto, ficou demonstrado ao longo do trabalho que ambos os institutos ainda têm importante aplicação prática e a sua extinção não será inteiramente compensada pelo abrandamento do regime aberto nem pela tímida extensão das possibilidades de aplicação da pena restritiva de direitos formuladas pelo anteprojeto.

Portanto, a aprovação do anteprojeto de Código Penal produzirá, no médio e no longo prazo, um considerável aumento do controle penal para a maior parte da população carcerária, caso o seu perfil permaneça semelhante ao atualmente registrado pelo Sistema Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN).

7 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Senado recebe anteprojeto do novo Código Penal elaborado por juristas. 27/06/2012. 15h49. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/senado-recebe-anteprojeto-do-novo-codigo-penal-elaborado-por-juristas>> Acesso em: 29 jun 2012.

ARAUJO, Alan Roque Souza de. O que há por trás das lentes de vigilância indireta: um estudo crítico sobre o monitoramento eletrônico instituído pela Lei 12.258/2010. In: PRADO, Daniel Nicory do; XIMENES, Rafson Saraiva. Redesenhando a Execução Penal 2: por um discurso emancipatório democrático. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

BAHIA. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização. População carcerária. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/index.php/populacao-carceraria>> Acesso em: 05 jul. 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOITEUX, Luciana et alli. Tráfico de drogas e Constituição: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro; Brasília: Universidade de Brasília, 2009. p. 111. Disponível em: <http://www.vepema.com.br/vepema/cariboost_files/RELAT_C3_93RIO_20DE_20PESQUISA_20TR_C3_81FICO_20DE_20DROGAS_20E_20CONSTITUI_C3_87_C3_830.pdf> Acesso em: 05 jul 2012.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN – Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em: 29 jun. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. INFOPEN – Todas UF's – Referência 12/2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={916E202D-BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>> Acesso em: 29 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Habeas Corpus nº 133290/RS. Diário da Julgamento em 01/09/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=133290&b=ACOR> Acesso em: 05 jul. 2012.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos et alli. Relatório Final da Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 29 jun. 2012.

PRADO, Daniel Nicory do. Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.) Crítica à Execução Penal. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Direitos, deveres e disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). Crítica à Execução Penal. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUTHERLAND, Edwin. H. Princípios de Criminologia. Tradução de Asdrubal Mendes Gonçalves. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5. ed. 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

XIMENES, Rafson Saraiva. Exame criminológico, Execução Penal e a legislação. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do. Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.