Registro: 2018.0000495387

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal nº 9003055-54.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELISA CRISTINA DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA E FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

OTAVIO ROCHA
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO nº 8971

Agravo em Execução nº 9003055-54.2017.8.26.0050

Comarca: SÃO PAULO

Agravante: ELISA CRISTINA DOS SANTOS

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO

Agravo em Execução – Pedidos de progressão ao regime semiaberto e de concessão do "livramento condicional" – Decisão fundamentada na ausência do requisito subjetivo concernente a ambos os benefícios pleiteados – Exame criminológico desfavorável à sentenciada, a qual é reincidente e cumpre pena em razão de condenações pelos delitos de roubo majorado, furto qualificado e desacato – Recurso desprovido.

Inconformada com a decisão proferida às fls. 41/43 pela i. Juíza de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca da Capital, por meio da qual foram indeferidos os pedidos de progressão ao regime semiaberto e de concessão do *livramento condicional* formulados pela sentenciada supramencionada, contra ela se insurgiu a i. Defensora Pública que a assiste (fl. 47), arrazoando o recurso às fls. 48/56.

Afirma a i. Defensora Pública que ELISA preenche os requisitos legais para a obtenção de ambos os benefícios executórios e que o *"laudo criminológico* [de fls. 26/36] *não pode ser utilizado como única fonte de impedimento do*[s] *benefício*[s]" (fl. 55).

O agravo tramitou regularmente, tendo sido contra-arrazoado às fls. 58/68. À fl. 69 superou-se a fase de reexame, com a ratificação da decisão hostilizada.

A Egrégia Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 92/100).

É o relatório.

O agravo não comporta provimento.

ELISA, que é reincidente, desconta pena carcerária de 8 anos, 8 meses e 4 dias, atualmente em regime fechado, com término previsto para 05.12.2019, fruto de condenações pelos crimes de roubo majorado, furto qualificado e desacato (cf. fls. 4/10).

Foram postuladas, na origem, sua progressão ao regime semiaberto e a concessão de *livramento condicional* a seu favor (fls. 2 e 21, respectivamente).

A i. Julgadora de Primeiro Grau indeferiu ambos os pleitos, destacando que (fl. 41):

> *"Não há mérito suficiente ao preenchimento do requisito subjetivo em relação a qualquer dos benefícios.*
> *'Com efeito, a sentenciada foi condenada pelos delitos de furto qualificado, desacato e roubo majorado, o que evidencia periculosidade e ausência de freios morais.*
> *'Não bastasse, ostenta histórico prisional conturbado, porquanto praticou cinco faltas*

disciplinares; três de natureza grave e duas de natureza média, consignando-se que a última delas consistiu em posse de aparelho de telefonia celular no interior do estabelecimento prisional, em data recente (08/11/2016), o que denota falta de autodisciplina e maturidade.

'Ademais, o exame criminológico de fls. 26/36, realizado por determinação judicial, não trouxe conclusão favorável às pretensões da sentenciada".

Como se vê, a negativa de concessão das benesses executórias pretendidas foi baseada em elementos sólidos apurados nos autos da execução, especialmente relacionados à periculosidade de ELISA, que possui diversas condenações por crimes patrimoniais (roubos majorados e furto qualificado) e praticou cinco faltas graves durante o cumprimento de suas penas. Aludiu-se, ainda, à conclusão de estudo elaborado por equipe multidisciplinar (fls. 26/36) no sentido de que ela *"necessita aprimorar seu senso de responsabilidade e disciplina"* (fl. 33).

A concessão dos benefícios ora pretendidos revela-se mesmo inconveniente, ao menos antes que possa dispor o juízo de elementos de informação que lhe permitam deliberar sobre o tema a partir de uma perspectiva favorável à sociedade, baseada na probabilidade de que a sentenciada não retorne à criminalidade logo que reintroduzida ao convívio social.

É que, como sabido, o sistema de execução penal do país está organizado sob o princípio da responsabilidade individual, que pressupõe o cumprimento pelo preso de determinados deveres como condição para obtenção dos diversos benefícios existentes. O merecimento para a evolução no cumprimento da pena corresponde, assim, à observância estrita às normas de conduta administrativas do estabelecimento onde cumpre pena, bem como à demonstração de que possui capacidade individual (vontade e condições psicológicas)

de responder às demandas do regime mais favorável ou de alcançar o pretendido *livramento condicional*.

Daí ser compatível com a ordem constitucional a recusa a benefícios penais com base na necessidade de proteção social contra a atuação de pessoas que ostentam periculosidade manifesta.

Nos dias atuais, ao mesmo tempo em que se afirma que a prisão não é a melhor resposta estatal ao fenômeno do crime – algo sobre o que há pouca discordância, aliás –, constituindo um "mal necessário"[1], tampouco se nega a falta de substituto adequado a garantir adequada proteção à sociedade contra os criminosos recalcitrantes, que resistem a toda e qualquer tentativa de ajustamento do seu comportamento por meio de intervenções mais brandas da Justiça Penal em seu *status libertatis.*

Essa é, aliás, a tendência mais atual do Direito Penal, posto que, conforme a experiência demonstra, são poucas as oportunidades em que os intentos de ressocialização alcançam resultados satisfatórios. Daí reservar-se a aplicação das penas corporais somente para os casos de absoluta gravidade, em que a segregação social se mostra como a única alternativa capaz de garantir a segurança coletiva.

Uma rápida consulta à doutrina revela que depois de longa disputa entre as concepções absolutas e relativas acerca da

[1] Expressão essa que foi cunhada por ocasião da Reforma Penal Alemã de 1975, compondo, inclusive, a respectiva Exposição de Motivos.

"finalidade da pena"[2], a inclinação atual dos doutrinadores é a de buscar a conciliação das posições extremas que digladiavam, partindo da ideia básica da pena como *retribuição*, mas cometendo-lhe também fins preventivos, tanto gerais como especiais.

Essa nova postura, que se costuma designar de "teoria da união" (ou teoria unitária ou unificadora[3]), ademais de ter como mérito haver logrado "*uma solução de compromisso na luta das Escolas que dividiram os penalistas em dois grupos inconciliáveis"*[4], em uma postura que é comumente chamada pela doutrina de *"retorno a Von Liszt"*[5], também adotou a postura de que a retribuição não é o único efeito da pena, que deve também "*demonstrar a superioridade da norma jurídica sobre a vontade do delinquente que a infringiu, assim produzindo um saudável efeito preventivo geral na comunidade, no sentido de prevenção geral positiva que, mais que a intimação geral, busca reforçar a confiança social no Direito*"[6].

Sobre o tema, CLAUS ROXIN[7] acrescenta ainda que "***por motivo de los efectos preventivo especiales, la pena no puede ser reducida hasta el punto que la sanción ya no se tome en serio en comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el***

[2] Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, *Parte General* - Traducción de José Luis Manzanares Samaniego -, 4ª ed. Granada: Ed. Comares, 1998, pág. 67.
[3] Como observa CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, *Parte General, I*, Introducción, 5ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1996, pág. 23, "*Las teorias unitarias reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, pero consideran que ésta ha de perseguir al mismo tiempo los fines dela prevención general y la prevención especial*". No mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich, op. e pág. cit.; ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* - traducción para el castellano y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Ed. Civitas, 1997, pág. 95; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal – Parte General*, 5ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 49 etc.
[4] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, op. e pág. cits.
[5] Como observa MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed. Barcelona: Ed. Reppertor, 1998, pág. 35, "*desde os anos sessenta a ideologia da 'prevenção especial', que triunfou antes na Itália e França e nas legislações dos países anglo-saxões e escandinavos, também se estendeu na Alemanha, em movimento intelectual que consistiu em verdadeiro 'retorno a Von Liszt'*". Para *VON LISZT, Franz, La idea del fin en el Derecho penal – tradução de Carlos Pérez del Valle -*. Granada: Ed. Comares, 1995, pág. 78*, "a pena correta – ou seja, a pena justa - é a pena necessária".*
[6] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, op. cit., págs. 49 e 50.
[7] ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I,* op. cit., pág. 97.

ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularia la imitación".

ROXIN, enfocando a evolução do Direito Penal a partir de 1975[8] destaca que "*no âmbito dos fins da pena tem prevalecido a teoria da prevenção geral em grande parte da doutrina... porque uma concepção da pena orientada a correção individual não se concilia bem com a tendência de minimizar os riscos na sociedade. Os eventuais déficits de personalidade do autor individual, frequentemente difíceis de identificar neste âmbito, têm desde logo um papel mais limitado que o de assegurar a sociedade em seu conjunto. Ademais, as pretensões ressocializadoras tampouco têm conseguido até o momento resultados convincentes com os autores dos delitos clássicos, tradicionais, como por exemplo o furto, os delitos violentos e delitos sexuais. Isso conduz facilmente a resignação e ao retorno à prevenção geral, cujo êxito, é verdade, tampouco é demonstrável em sentido estrito, mas ao menos, em termo de uma teoria do cotidiano, é plausível desde o ponto de vista da garantia de uma segurança mínima suficiente para a sociedade*".

De fato, como acrescenta GARCÍA-PABLOS[9], desde os anos setenta vem se formando na doutrina – nos países anglo-saxões, em particular – um consenso em torno da ideia de que a ressocialização (antes apresentada como objetivo a ser perseguido com a privação da liberdade do agente do crime) é utópica e por isso não deve ser vista como fundamento principal da pena (no mesmo sentido MIR PUIG[10], afirmando que "*em relação aos delinquentes convictos, políticos,*

[8] ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 28.
[9] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología – Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas,* 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, págs. 65-66.
[10] Op. cit., pg. 56.

terroristas, não é cabível a tentativa de persuasão pela força de um tratamento. Ademais, em um Estado democrático, a ressocialização nunca deve ser obtida contra a vontade do condenado").

Ainda sobre a relevância da pena de prisão, e sua manutenção nos sistemas penais como um "mal necessário", o grande penalista de nosso tempo, JESCHECK, ao tratar da ampla Reforma Penal Alemã de 1975, esclareceu que ela foi mantida (inclusive a prisão perpétua, "a pena mais severa do Direito vigente"[11]) e inclusive ampliada em relação a determinados delitos como o de terrorismo, sendo também empregada para coibir o tipo penal de "sequestro", "tomada de reféns" e "ataques ao tráfego aéreo", instituídos em decorrência de "acontecimentos recentes...", nada obstante tenham sido reduzidas "drasticamente" as penas de curta duração, suprimida a pena de morte e introduzidos no sistema penas alternativas e novas hipóteses de suspensão condicional da pena[12].

Como se constata, portanto, não é despropositada e tampouco foge à realidade hodierna da Política Criminal e tendências do Direito Penal contemporâneo a opção de estabelecimento de manutenção no cárcere de criminosos que apresentam especial tendência a reincidir[14], mormente quando se trata – como aqui – de criminosa que não alcançou, mesmo após internação prolongada, um nível de autocrítica e reflexão capaz de projetar a possibilidade de atenuação de sua extremada periculosidade.

[11] JESCHECK, Hans-Heinrich, op. pág. 695.
[12] Idem, pág. 93, 95, 695 e 697.
[14] Sobre este tema, cabe observar que em mais de vinte Estados norte-americanos (entre eles a Califórnia) vigora o sistema conhecido como "three strikes law" - concebido nos anos noventa -, que determina a fixação de penas de 30 anos de reclusão – e até a prisão perpétua, em alguns casos - para os criminosos que cometem três infrações penais sucessivas, segundo o entendimento de que à reiteração criminosa deve corresponder, sobretudo, uma ação protetora do corpo social, antes que ressocializadora.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

OTAVIO ROCHA
Relator