

RECURSO ESPECIAL N. 668.384-RS (2004/0071831-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Leodário dos Santos Falkembach

Advogados: Nesy Marina Ramos - Defensora Pública e outro

EMENTA

Recurso especial. Saída temporária. Necessidade de oitiva do Ministério Público.

Para que seja concedido o benefício das saídas temporárias, a lei estabelece que, previamente, além de o apenado preencher certos requisitos especiais, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a administração do presídio.

A automatização das saídas subsequentes à primeira saída, sem ser ouvido o órgão fiscalizador, encontra óbices legais (arts. 122, 123 e 124, ambos da LEP).

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 14.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra decisão proferida pela colenda Sexta Câmara do Tribunal de Justiça daquele Estado que, por unanimidade, negou provimento ao agravo em execução, estando assim ementada (fl. 29):

“Agravo da execução (art. 197 da LEP).

Viabilidade de deferimento de saídas temporárias automatizadas. Aplicação 13ª conclusão do encontro de execução penal (junho de 2000), promovido pela Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RS. Intervenção fiscalizadora do Ministério Público, ao qual é facultado o eventual pleito de revogação do benefício concedido in concreto. Princípio da conveniência na administração da justiça, com preservação do devido processo legal.

Agravo improvido.”

O recorrente alega que o v. acórdão contrariou os arts. 122, 123 e 124 da Lei n. 7.210/1984, sustentando que compete exclusivamente ao juiz da execução a autorização das saídas temporárias somente após a manifestação do Ministério Público e da administração penitenciária, sendo inadmissível a forma automatizada, por subtrair do Ministério Público a função de fiscal da lei, visando, inclusive, suas garantias e prerrogativas constitucionais.

Contra-razões às fls. 52/63.

Admitiu-se o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Mendes Sousa, *verbis* (fls. 75/80):

“Contrariamente ao que sustenta a parte Recorrida, interposto com base nas alíneas a e c, o apelo comporta

conhecimento, visto que contrariados os dispositivos legais e demonstrada a divergência pelo Recorrente.

Nem se diga que a matéria não foi prequestionada, porque os arts. 122, 123 e 124 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) não foram explicitamente citados no v. acórdão recorrido, para inviabilizar o reclamo, certo que à luz deles, mormente do segundo dispositivo, é que a matéria foi decidida, confirmando a medida permissiva das saídas temporárias automatizadas, sem a prévia audiência do Ministério Público e sem levar em conta a situação particular de cada beneficiário, como o exige o art. 123 da Lei de Execuções Penais.

Tais questões somente são tratadas nos dispositivos legais mencionados, daí estar evidenciado que foi em vista deles que a matéria foi decidida. (AGE n. 290040666, Câmara de Férias Criminal do Tribunal de Alçada do RS, Relator o então Juiz de Alçada Érico Barone Pires, j. em 19.07.1990)

Aliás, ficou expressamente consignado no voto do Relator, por refletir o seu pensamento, a transcrição de trecho do voto proferido pelo eminente Juiz de Alçada Érico Barone Pires, em julgamento do Agravo n. 290040666, pela Câmara de Férias Criminal do Tribunal, a saber:

‘(...) 2. É bem de ver que, no caso em exame, a decisão recorrida ainda noticia o preenchimento, por parte do agravado, dos requisitos prescritos no art. 123 da Lei n. 7.210/1984, para a concessão do benefício de saída temporária, quais sejam o bom comportamento e o cumprimento de um sexto de sua pena, além de parecer favorável no laudo de exame criminológico, **verbis**:

‘O apenado recebeu parecer favorável no laudo de exame criminológico, cumpriu mais de 1/6 da pena no regime fechado e possui boa conduta carcerária’

Por outro lado, nas razões do recurso, o Ministério Público não suscita, aponta qualquer fato objetivo e/ou subjetivo que impeça a concessão do benefício agravado, a fim de derruir os termos da bem lançada decisão recorrida. No ponto, vale a transcrição do seguinte precedente jurisprudencial, **verbis**:

‘(...) No caso, o agravante ainda não provou a respeito do

desatendimento das exigências da lei, resultando do exame da inicial que a inconformidade se refere apenas contra a automatização. Inteligência dos arts. 123,124 e 125 da Lei de Execução Penal. Agravo de instrumento improvido por maioria” (AGE n. 290040666, Câmara de Férias Criminal do Tribunal de Alçada do RS, Relator o então Juiz de Alçada Érico Barone Pires, j. em 19.07.1990)

3. Ademais disso, a concessão automática de saídas temporárias não obstaculiza a dedução de posterior pedido de alteração ou revogação do benefício, por parte do Ministério Público, se assim entender necessário. Da mesma forma, o deferimento do benefício não importa em impossibilidade de fiscalização futura do comportamento do agravado, que poderá ter o benefício cassado na hipótese de cometer alguma das faltas enunciadas na legislação. Ademais disto, ao Juízo da execução também cabe a revisão de ofício do deferimento de saídas temporárias.

Neste sentido, colaciono o seguinte precedente jurisprudencial, **verbis**:

‘Direito penitenciário. Licença para presos. Critério de conveniência. As licenças prolongadas não são recomendáveis. Melhor será diferir-se licenças mais seguidamente, com prazos reduzidos. A automação de licenças confere com o critério de conveniência, nada obstando que o MP pleiteie alguma alteração, mesmo a cassação, ou que o Juiz revise de ofício. Recurso desprovido.’ (AGE n. 690003264, Primeira Câmara Criminal do TJ/RS, Relator Desembargador Décio Antônio Erpen, j. em 07.03.1990)‘

O prequestionamento implícito, por sua vez, é admitido por essa augusta Corte, como se pode ver do acórdão proferido no REsp n. 444-RJ (Registro n. 89.0009188-3), em que foi Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Surgindo, na discussão da matéria, a questão relacionada ao prequestionamento, porque não se fez referência expressa, no acórdão, ao dispositivo legal tido como contrariado pelo recorrente, assim se manifestou o Ministro Barros Monteiro:

Assume relevo na espécie, como tema central em debate, a natureza da renúncia à doação formulada por Alberto Abulafia, conforme escritura pública constante de fls. 33/34 dos autos.

De anotar-se, por primeiro, que a matéria restou devidamente prequestionada nas razões de recurso extraordinário, ora convertido em recurso especial. O que

importa – segundo ponderou o preclaro Ministro Costa Leite – ‘é que a questão federal emerge da decisão recorrida, ainda que implicitamente’ (‘Recurso especial: admissibilidade e procedimento’, palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, no dia 03 de maio de 1989). Saliente-se, ainda, por oportuno, que, conquanto não indicado o preceito do art. 1.165 do Código Civil no primitivo rol que declinou o recorrente, ao depois, nas mesmas razões recursais, ele considerou-o como infringido e passível de incorreta aplicação pelo julgado recorrido (cf. fl. 651).

(...)

Inocorrente a aceitação oportuna, indúvidoso é que a doação segunda (de Alberto Abulafia para Linda Antongini de Freitas Bastos) não se perfectibilizou e, nesses termos, certo é que o **decisum** objurgado contrariou o art. 1.165 do Código Civil, assim como os arts. 145, n. IV, e 146 e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal.’ (RSTJ 15/253. Sem destaque no original)

Assim, embora não se tenha feito referência expressa aos arts. 122, 123 e 124, da Lei n. 7.210/1984, foi devido às disposições neles contidas, contrariando-as, é bem verdade, que se decidiu a questão, pelo que satisfeito o requisito do prequestionamento.

Indúvidoso é que dito óbice, portanto, não pode ser invocado.

No mérito, o recurso merece ser provido.

A saída temporária permitida aos apenados que cumprem pena em regime semi-aberto, nos casos indicados no art. 122 da referida lei, será autorizada por ato motivado do Juiz das Execuções, ouvidos o Ministério Público e a Administração Penitenciária, mediante a satisfação dos requisitos elencados nos três incisos do art. 123 da Lei n. 7.210/1984.

Desse modo, a portaria questionada, além de malferir os citados dispositivos legais, subtrai atribuições próprias e inerentes às funções do Juiz e do Ministério Público, transferindo-as para a Administração Prisional, ao dispor que o apenado possa sair do estabelecimento penal três dias por mês, sem justificar os motivos de sua saída, dada a previsão, na Portaria, de saídas temporárias automatizadas posteriores, realizadas ao desabrigo da fiscalização do Ministério Público e sem a prática de ato decisório e motivado do Juiz da Execução, consoante é a regra imposta pelo dispositivo legal violado.

Com efeito, a novidade introduzida pela portaria mencionada não apenas fere os arts. 122, 123 e 124 da Lei de Execuções Penais, mas, sobretudo, põe em risco a própria Política Prisional, pois, retiradas das Autoridades Judiciárias e do Ministério Público atribuições que são iminentes ao exercício de suas funções, transferindo-as ao crivo de autoridade administrativa, permite que os atos

sejam, sucessivamente, praticados longe do imperioso acompanhamento do Estado Juiz, responsável pelo bom andamento da execução penal e da adequada reinserção do apenado no seio da sociedade, propiciando-lhe a necessária reeducação.

A alegação de que as saídas temporárias automatizadas têm sido utilizadas com êxito nas VECs com grande número de apenados e não significa 'delegação de jurisdição', conforme a 13ª conclusão do Encontro de Execução Penal (junho de 2000), promovido pela egrégia Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RS, não guarda qualquer compatibilidade com a noção de responsabilidade que é conferida ao Estado, através de seus agentes, Juiz de Direito e Promotor de Justiça, que, no particular da saída temporária, dando curso à execução penal, devem observar para a autorização: o primeiro, a motivação do ato e, o segundo, ser ouvido por ocasião do pedido.

Não se deve esquecer que, segundo norma inserta no art. 123 da Lei n. 7.210/1984, 'A autorização será concedida por *ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:*

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.' (Grifamos)

Por conseguinte, mostra-se evidente que a lei condiciona, para a concessão do benefício das saídas temporárias, que, além da necessidade do apenado preencher certos requisitos especiais, previamente, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a Administração Penitenciária.

Disso resulta que as saídas automatizadas, sem a indispensável ouvida do Ministério Público, no cumprimento de seu mister fiscalizador, encontram impedimentos legais no art. 123 da Lei de Execuções Penais.

A respeito do tema em debate, essa colenda Corte já se pronunciou, nos termos do julgado abaixo transcrito:

'Recurso especial. Saída temporária. Necessidade de oitiva do Ministério Público.

'Para que seja concedido o benefício das saídas temporárias, a lei estabelece que, previamente, além de o apenado preencher certos requisitos especiais, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a administração do presídio.'

'A automatização das saídas subseqüentes à primeira sem ser ouvido o órgão fiscalizador, encontra óbices legais (arts. 67 e 123, ambos da LEP.)'

Recurso conhecido e provido". (Resp n. 571.479-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.02.2004)

Os aludidos dispositivos legais, em assim sendo, foram flagrantemente contrariados.

De igual modo, demonstrada, satisfatoriamente, a divergência jurisprudencial.

Nesse sentido, recente julgamento dessa colenda Turma:

'Criminal. REsp. Execução. Saída temporária automatizada. Delegação administrador do presídio, acerca da conveniência. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

I - A Lei de Execuções Penais é clara ao definir a competência do Juízo da Execução para a concessão, por decisão motivada, de saída temporária — a qual deverá obedecer aos requisitos objetivos e subjetivos — atribuindo, ao Ministério Público, o poder de fiscalização.

II - A delegação, ao Administrador do Presídio, da avaliação sobre a conveniência da saída temporária do preso, nega vigência aos termos da Lei de Execuções Penais.

III - Irresignação que merece ser provida para, cassando-se o acórdão recorrido, determinar-se ao Juízo da Execução que se manifeste, nos termos da Lei de Execuções Penais, acerca do pedido de saída temporária do preso.

IV - Recurso conhecido e provido.' (REsp n. 626.219-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)"

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.