

A SAÍDA TEMPORÁRIA SOB A ÓPTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - DO RIGOR NORMATIVO À MITIGAÇÃO JURISPRUDENCIAL

THE TEMPORARY RELEASE FROM THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN HIGHER COURTS - FROM THE STRICT REGULATION TO THE JURISPRUDENTIAL MITIGATION

GUILHERME DE CASTRO GERMANO

Promotor de Justiça

Resumo: Na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros se buscou o cabimento do benefício de saída temporária e o procedimento para o apreciar, a compatibilidade desses posicionamentos com as disposições expressas da Lei de Execução Penal, inclusive as restrições introduzidas pela Lei 13.964/2019, os ditames normativos aplicáveis e os entendimentos teóricos de forma geral. Assim, os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça abordaram a exigência do requisito objetivo para a concessão do direito ante a possibilidade de distribuição cronológica do benefício de forma diversa do que determina a lei e houve a viabilidade legal do que veio a ser conhecido como “saída temporária automatizada”. Os fundamentos comuns sistematizados pelas cortes cotejam, pois, as conclusões das decisões exaradas com a legislação aplicável.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal. Saída temporária. Jurisprudência. Saída temporária automatizada.

Abstract: The jurisprudence of the Brazilian Higher Courts sought the appropriateness of the temporary exit benefit and the procedure to assess it, the compatibility of these positions with the express provisions of the Criminal Execution Law, including the restrictions introduced by Law 13.964/2019, the applicable normative dictates and theoretical understandings in general. Thus, the judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice addressed the requirement of the objective requirement for the granting of the right in view of the possibility of chronological distribution of the benefit in a different way from what is determined by law and there was the legal feasibility of what came to be known as “automated temporary exit”. The common foundations systematized by the courts collate, therefore, the conclusions of the decisions drawn up with the applicable legislation.

Keywords: Penal Execution Law. Temporary Release. Jurisprudence. Automated Temporary Release.

Sumário: 1. Introdução. 2. A saída temporária na Lei de Execução Penal e seus aspectos teóricos, o modelo idealizado e sua redação legal. 2.1. O caráter jurisdicional da concessão do benefício. 2.2. Os objetivos e os fundamentos do instituto. 3. A abordagem jurisprudencial da saída temporária e o progressivo abrandamento do instituto pelas cortes superiores. 3.1. A mitigação do requisito objetivo cronológico. 3.2. A releitura da distribuição cronológica. 3.3. A flexibilização procedimental. 4. A saída temporária automatizada e a hesitação jurisprudencial. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A saída temporária, sem dúvida um dos institutos mais polêmicos da vigente legislação pátria sobre execução penal, figura frequentemente nos questionamentos sobretudo dos operadores do direito.

As *saidinhas*, face mais conhecida do benefício concedido de forma massiva em determinadas datas festivas, inspiram acesos debates também na comunidade como um todo.

Muitos as retratam de forma negativa, como nos momentos de elevação na criminalidade e de exposição da sociedade a riscos decorrentes da soltura desviada de condenados penalmente, e outros as encaram como uma eficaz oportunidade de ressocialização de apenados.

Sob esse aspecto, a Lei 13.964/2019, a do “pacote anticrime”, aparentemente recrudescer as exigências para a obtenção do benefício e, conseqüentemente, inviabilizou-o àquela parcela da população carcerária que cumpre pena por crimes cuja gravidade se reputa incompatível com bem-estar de tamanha amplitude.

Todavia, a jurisprudência pátria se vem orientando há anos pela flexibilização do benefício, pouco se debruçando sobre as consequências da inobservância dos rigores legais do instituto.

Diante de um cenário disfuncional de notória superlotação tanto nos estabelecimentos prisionais quanto nas varas de execução penal país afora, e de morosidade na apreciação dos pleitos formulados em cada processo executivo, ganhou força o uso de mecanismos para a aceleração da análise e maior concessão dos pedidos de saída temporária, com consequentes alívios temporários sobre o abarrotado sistema carcerário.

Nos poderes judiciários afetos a diversas unidades da federação surgiram, por conseguinte, inovações para além do texto legal, o que suscitou discussões que foram progressivamente alçadas aos tribunais superiores.

É certo que parte do plexo principiológico subjacente ao modelo de cumprimento de pena no Brasil se trata de ensejo adequado, quando teoricamente se busca disseminar o instituto entre aqueles que supostamente teriam direito a fruí-lo.

Todavia, sem olvidar o esforço em tornar mais eficiente a gestão da bem-estar, deferi-la a indivíduos que não estariam aptos a dela fazer uso constitui claro risco ao cumprimento da pena e à própria sociedade.

Sobretudo na última década, uma progressiva complacência dos tribunais superiores ampliou o alcance do benefício, ainda que em detrimento dos ditames normativos sobre a matéria.

Entretanto, a continuidade de tal dinâmica resta incerta diante do claro sinal legislativo em sentido contrário insculpido pelo “pacote anticrime”, sendo possível aguardar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento da saída temporária.

2. A saída temporária na Lei de Execução Penal (LEP) e seus aspectos teóricos, o modelo idealizado e sua redação legal

A saída temporária está positivada no ordenamento jurídico pátrio nos artigos 122 a 125 da Lei de Execução Penal 7.210/1984, que trata o benefício juntamente com as permissões de saída e as espécies do gênero autorizações de saída.

Voltadas para a ressocialização do sentenciado, conforme alude a própria exposição de motivos da LEP, as autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão. Não se confundem tais autorizações com os chamados favores gradativos tratados no Cap. IV do Título II (especialmente dos diretores e da disciplina).

As autorizações de saída estão acima da categoria normal dos direitos (artigo 40). Ora a assistência é em favor de todos os presidiários, ora na etapa da progressão em favor dos condenados que satisfaçam determinados requisitos e condições. No primeiro caso, estão as permissões de saída (artigo 119 e incisos) que se fundam em razões humanitárias.

As saídas temporárias, restritas aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto (colônia), consistem na autorização para sair do estabelecimento para, sem vigilância direta, visitar a família, frequentar cursos na Comarca da execução e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social (artigo 21 e incisos).

Para Elias Neuman, as autorizações de saída representam avanço penalógico, cujos resultados são sempre proveitosos quando outorgados mediante bom senso e adequada fiscalização (*Prisión abierta*, Buenos Aires, 1962, p. 136-137).¹

Tanto saídas temporárias quanto permissões de saída configuram oportunidades de o indivíduo deixar temporariamente o estabelecimento prisional

1BRASIL. Exposição de motivos 213, de 9 de maio de 1983, referente à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-demotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

no qual se encontre recluso. A saída temporária é concedida por decisão judicial inserida na órbita da progressiva ressocialização do sentenciado à pena privativa de liberdade que já tenha alcançado o regime prisional semiaberto, ao passo que a permissão de saída pode ser deferida pelo diretor do estabelecimento carcerário a qualquer detento, inclusive o preso provisório ou em regime fechado, diante de eventos específicos e de caráter emergencial que não necessariamente se relacionam à execução da pena em si, mas sim à intercorrência que demande a temporária ausência do cárcere por questões humanitárias, como a necessidade de tratamento médico ou o comparecimento ao velório de parente.

As autorizações de saída encontram-se na categoria normal dos direitos dos presos, mas constituem ora aspectos de assistência em favor de todos os presidiários, ora etapa na progressão em favor dos condenados que satisfaçam determinados requisitos e condições. Na primeira hipótese estão as permissões de saída, que se fundam em razões humanitárias (artigos 120 e 121). Na segunda (artigos 122 a 125), as saídas temporárias referentes à progressividade na concessão de maiores favores para incentivar melhor relacionamento do preso com o exterior. (MIRABETE, Julio Fabbrini.2004, p. 504)

Feita a distinção, o direito à saída temporária foi introduzido no país porque inexistia previsão análoga na primeira Lei 3.274/1957, que dispunha sobre as normas gerais de regime penitenciário. Reservado aos que cumprem pena no regime semiaberto, consistia no direito de se ausentarem do estabelecimento, sem vigilância direta, para visitar suas famílias, frequentar o curso supletivo profissionalizante ou o de instrução de 2.º grau ou superior, na comarca do juízo da execução, ou participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Destaque-se que a aludida ausência de vigilância direta, consoante alteração legislativa introduzida pela Lei 12.258/2010, não obsta que o juiz da execução ordene o emprego de equipamento de monitoração (tornozeleira eletrônica) nos beneficiários.

Saliente-se a exclusão do benefício introduzida pelo parágrafo segundo do art. 122 da Lei de Execução Penal 13.964/2019, que passou a vedar a concessão de saída temporária ao condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. Trata-se de clara inovação sistêmica, uma vez que, apesar de requisito cronológico próprio, inexistia limitação à fruição do instituto alicerçada no tipo de delito cometido.

A autorização, de caráter jurisdicional, trata-se de decisão a ser concedida por ato motivado do competente juiz da execução, sendo imprescindível

dível a prévia oitiva do membro do Ministério Público e de autoridade da administração penitenciária. O deferimento da medida está condicionado à satisfação de alguns requisitos de incisos do artigo 123: comportamento adequado; cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto se reincidente; compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Embora topograficamente apartado do art. 123, reconhece-se que o aludido parágrafo segundo do art. 122, inovação do “pacote anticrime”, configura um quarto requisito, ainda que de caráter negativo, o não cumprimento de pena por condenação pela prática de crime hediondo com resultado morte.

No tocante à extensão e à distribuição cronológica conforme os ditames legais, o benefício tem um prazo não superior a sete dias cada ciclo, com distância mínima de 45 dias de intervalo entre estes. Tais etapas podem ser deferidas em cinco oportunidades, o que totaliza a monta de 35 dias anuais. Entretanto, caso a saída seja para frequência a curso profissionalizante, ensino médio ou superior, o tempo de permanência será o necessário para o cumprimento das atividades discentes, o que não se aplica às restrições cabíveis às demais hipóteses.

O regime disciplinar, sensivelmente alterado pela Lei 12.258/2010, determina um rol mínimo de condições impostas pelo juiz e observadas pelo sentenciado: fornecer o endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; recolher-se à residência visitada durante o período noturno e não frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Além dessas imposições que formam o núcleo mínimo de deveres do condenado quando no gozo da medida, o juiz pode estabelecer outras que entender compatíveis às circunstâncias e à situação pessoal do reeducando.

Como reprimenda a eventual desajuste, saliente-se que o benefício será revogado de forma automática quando seu beneficiário praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

A lei aponta a imediata perda do direito os eventos relacionados ao gozo do instituto em si, como o remove caso o sentenciado não o aproveite adequadamente, descumpra condições ou pratique novo delito, haja intercorrências relacionadas a seu comportamento carcerário em geral. Para que recupere o direito, será necessária a absolvição no processo penal, o cancelamento da punição disciplinar ou nova demonstração de merecimento pelo condenado.

2.1. O caráter jurisdicional da concessão do benefício

Destaque-se que o caráter jurisdicional da concessão de saída temporária é corolário tanto de previsão específica do *caput* do artigo 123 quanto da natureza jurídica do processo de execução penal como um todo do artigo 2.º da LEP. A jurisdição penal dos juizes ou dos Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade dessa lei e do Código de Processo Penal. Igualmente, a jurisdicionalização dos institutos do processo executivo criminal em geral é norte à própria exposição de motivos da Lei 7.210/1984.

Demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução consagra os antigos esforços de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal. Em 1893, no Congresso promovido pela União Internacional de Direito Penal, concluiu-se que como os tribunais e a administração penitenciária concorriam para um fim comum de a condenação valer, principalmente, pelo seu modo de execução, o divisionismo consumado pelo Direito do final do século, entre as funções repressiva e penitenciária, deveria ser relegado como “irracional e danoso”. O texto da conclusão votada naquele conclave já deixava antever a figura do juiz de execução, surgido na Itália em 1930 e na França depois de 1945.

Sob o ponto de vista doutrinário, sustenta-se caráter predominantemente jurisdicional em detrimento da visão administrativa. Quando da transição para a vigente lei de execuções, asseverou-se a inafastabilidade da apreciação judicial, mesmo fazendo concessões ao modelo misto. A execução penal é atividade complexa nos planos jurisdicional e administrativo do Judiciário e do Executivo por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais. A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, ligado ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos códigos penal e processual penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é o objeto do “processo” de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual. (GRINOVER, Ada Pellegrini. 1987, p. 7)

Em reforço a esse entendimento, reconhece-se a existência de funções administrativas a cargo dos gestores carcerários, porém assegurando o caráter jurisdicional do processo. (NUCCI, Guilherme de Souza GEN, 2014, p. 145)

Nota-se, portanto, uma convergência doutrinária em reconhecer a inafastabilidade da apreciação judicial de matérias atinentes ao rito executivo penal, não obstante diversas dessas medidas sejam concretizadas pelo poder executivo, responsável pela manutenção dos estabelecimentos pe-

nitenciários. Ainda que a função administrativa desempenhe importante papel no cumprimento das sanções, as decisões de maior repercussão devem ser tomadas em sede jurisdicional, sob o crivo do contraditório.

Trata-se de modelo inserido em perspectiva de maximização das garantias individuais na execução penal, pois certamente dota o sujeito executado no processo administrativo de maiores prerrogativas frente ao poder punitivo estatal. Ademais, invariavelmente robustece o controle do cumprimento de pena na medida em que sujeita as condutas dos administradores públicos à detida fiscalização dos órgãos da execução.

A tensão inerente à divisão entre competências judiciais e atribuições administrativas inevitavelmente se suscita quando se estabelece uma linha divisória entre competências do juiz de execução das penas e da administração penitenciária. “Se cabe a esta a organização a inspecção das instituições penitenciárias, o objectivo de assegurar a defesa dos direitos dos reclusos cometido ao juiz poderá, em muitos casos, contender com aquelas tarefas”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. 2001, p. 37)

A jurisdicionalização não é fenômeno justificável exclusivamente em favor do reeducando ou desconsiderada quando aparentemente não o favoreça. Pelo contrário, é também interesse da sociedade a garantia do adequado e integral cumprimento da pena imposta.

Reitere-se que, em cotejo com os demais institutos da execução penal, é ainda mais evidente o caráter jurisdicional dos pedidos de saída temporária, uma vez que o instituto também é dotado de previsão normativa específica no artigo 123.

2.2. Os objetivos e fundamentos do instituto

O benefício, coadunado às finalidades gerais da execução penal, assume dupla feição de estímulo à ressocialização do sentenciado, sem descurar da necessidade de assegurar a disciplina e o integral cumprimento da pena imposta. O intuito é que nas oportunidades em que o reeducando deixar o cárcere, por períodos determinados, ele possa permanecer no meio social sem vigilância direta das autoridades.

Note-se, portanto, que a saída temporária se alicerça na noção de gradativa e cautelosa reinserção na comunidade do detento que demonstrou boa conduta dentro do estabelecimento prisional e se encontra em estágio intermediário de cumprimento de sua sanção em contatos periódicos com a realidade extramuros. Pode ser descrita, destarte, como um en-

saio ou teste para as etapas subsequentes menos rigorosas de resgate da reprimenda: o livramento condicional e o regime aberto.

Com a fruição do benefício, espera-se que o sentenciado demonstre o êxito do suposto processo de reeducação almejado com a pena, abstenendo-se de cometer novos delitos, submetendo-se à disciplina própria do instituto – recolhendo-se em residência durante o período noturno e não frequentando determinados lugares, bem como retornando ao cárcere voluntariamente, findo o prazo previsto.

Em que pese a conquista de direito, acarreta também uma série de deveres, os quais funcionam como parâmetro para que as autoridades possam aferir o quão arraigados estão os sentidos de responsabilidade e disciplina no comportamento do beneficiário.

Além de apurar o comprometimento do sentenciado com sua ressocialização, a saída temporária é um reforço positivo durante o resgate da reprimenda. Isso porque permite a ele retomar o contato com a família e com os amigos do seu meio social, afastando-se por alguns dias da realidade prisional para poder experimentar novamente uma vida em liberdade numa perspectiva pós-cárcere.

Sob o ponto de vista teórico de consagrados autores, a saída temporária do encarcerado busca simultaneamente testar o comportamento, a disciplina e a aptidão para as próximas etapas da pena, bem como estimular a própria dinâmica de reintegração do beneficiário aos seus laços com a comunidade.

Ensina Julio Fabbrini (MIRABETE, p. 507) que as saídas temporárias servem para estimular o preso a observar boa conduta e, sobretudo, fazer-lhe adquirir um sentido psicológico mais profundo de sua própria responsabilidade, cuja maior justificação dogmática, segundo René Ariel Dotti, está em preparar adequadamente o retorno à liberdade e reduzir o caráter de confinamento absoluto da pena privativa de liberdade, caracterizando uma etapa da forma progressiva de execução considerada como a sala de espera do livramento condicional. Constitui prova de que o condenado teria alcançado um grau de resistência que lhe permite vencer as tentações da vida livre e um sentido de responsabilidade suficiente para não faltar à confiança que lhe foi depositada ao se lhe deferir o benefício.

Saliente-se o atributo ressocializador do regime semiaberto como forma de devolver cada vez mais o senso de responsabilidade para futuro ingresso no regime aberto. Não há, por decorrência lógica dos objetivos que pretende alcançar, vigilância direta de agentes policiais ou penitenciários. São metas da saída temporária: proporcionar ao preso de bom comportamento convívio social e uma maior proximidade com a família,

além de lhe garantir a possibilidade de estudar, uma vez que na colônia penal onde se encontra, ainda que exista atividade laborativa, dificilmente oferecerá formação profissionalizante de segundo grau e tampouco de um curso superior.(NUCCI, Guilherme de Souza, p. 273)

A “preparação” do condenado do regime semiaberto à liberdade, muito mais do que um benefício, cumpre importante papel no âmbito do sistema progressivo. A saída temporária possibilita ao condenado, com mérito e certo tempo de pena, breves incursões no mundo livre, preparando-se, assim, para daí a pouco obter progressão ao regime aberto. (BOSCHI, José Antonio Paganella, 1990)

Ainda quanto aos impactos subjetivos da medida, visa-se com tal benefício o fortalecimento de valores ético-sociais, de sentimentos nobres, o estreitamento dos laços afetivos e de convívio social harmônico pautado por responsabilidade, imprescindíveis para a (res)socialização do sentenciado, bem como contraestímulos ao crime. (MARCÃO, Renato Flávio, 2011, p. 210)

As saídas temporárias são importantes “pré-testes” à expectativa de adequação do apenado a critérios de responsabilidade que lhe permitam um retorno ao convívio social em condições de “presumida” harmonia, visto que este direito-benefício tem por principal objetivo a gradativa reinserção do apenado ao meio social mediante estímulo ao senso de responsabilidade e disciplina. É, pois, um instituto que se compatibiliza com a lógica do sistema progressivo de execução das penas privativas da liberdade.²

Destaque-se que a saída temporária não é instituto exclusivo do direito brasileiro, mas sim figura análoga às existentes em diversos ordenamentos, tanto que a própria exposição de motivos da LEP alude expressamente à doutrina estrangeira em análise de direito comparado, como exemplifica Mirabete a respeito da duração das saídas temporárias. Na Itália, pode chegar a até 30 dias ou, na *licenzadisperimento*, a até seis meses; na Inglaterra, apenas nos fins de semana; no Chile, limita-se aos domingos; na Suécia, até três dias; e na Rússia estende-se a até três meses, no verão, para se proceder à colheita.³

Exposto o alcance internacional da medida, cujos traços podem ser reconhecidos em legislações dos mais diferentes matizes, assumindo as

2 CHIES, Luiz Antônio Bogo; RODRIGUES, Flávia Lucimeri. Saídas temporárias automatizadas e programadas: análise de legalidade. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 243-256., jan./dez. 2003.

3 MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. cit., p. 513.

mais distintas regras e durações, chama particular atenção o caso do direito espanhol e sua similaridade com a redação legislativa do benefício no Brasil porque, para além das proximidades que já se poderiam esperar por se tratar de países juridicamente afetos à tradição do direito positivado da Europa continental, nota-se que *la leyorganica general penitenciaria de 26 de septiembre de 1979* e *el reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981*, anteriores à Lei de Execução Penal pátria, previam a figura dos *permisos de salida* em moldes muito similares aos que viriam a ser adotados no Brasil.

Naquele país, a existência de *permisos de salida extraordinarios* similares ao que viria a ser a permissão de saída, bem como de *permisos de salida especiales*, análogos às saídas temporárias, consistiam em uma quantidade máxima de dias no ano a ser usufruída em períodos distintos de até sete dias.⁴

A fixação de período máximo a ser distribuído em intervalos ao longo do ano e de ciclos de aproveitamento com lapso de tempo idêntico na duração máxima semanal posteriormente seria adotada pela legislação brasileira. A visão do doutrinador espanhol sobre o benefício também se aproxima daquela expressa pela doutrina nacional, que reputa o instituto fundamental à preparação do sentenciado para a vida em liberdade.

Sob a óptica legal e doutrinária, a saída temporária não se diferencia proceduralmente dos demais institutos da LEP, em que pese sua particular importância para a ressocialização, que se sujeita a todos os ditames aplicáveis ao processo de execução penal e à própria teoria da pena, demandando atenção à individualização da reprimenda, ao preenchimento de requisitos específicos, ao caráter jurisdicional da ação executiva, ao princípio do juiz natural, à manutenção da disciplina, entre outros.

Direitos aplicáveis no transcurso da pena de concessões massivas e simultâneas nas *saidinhas* de Natal, ano-novo, Dia dos Pais e afins carecem de previsão na legislação correlata. Conforme o *caput* do artigo 123 da Lei 7.210/1984, o juiz da execução é reserva jurisdicional para conhecer dos pedidos, recaiando a competência ao magistrado responsável pelo processo executivo dos potenciais beneficiários. Tal premissa colide com a viabilidade de concentração de pedidos em expedientes únicos ou de saídas temporárias *automatizadas*.

Entretanto, em que pese ausência de tais figuras nas disposições legais

4 MIR PUIG, Carlos. La prisión abierta. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 38, n. 3, p. 767-806., set./dez. 1985.)

sobre o instituto, é fato inequívoco que a jurisprudência não só reconhece sua existência como também acaba por efetivamente regulamentá-las. Logo, para se entender de forma abrangente a aplicação da saída temporária no Brasil, é fundamental que se estudem os precedentes das cortes superiores que abordem aspectos e inovações jurisprudenciais que vão muito além dos previstos na Lei de Execução Penal.

3. A abordagem jurisprudencial da saída temporária e o progressivo abrandamento do instituto pelas cortes superiores

A saída temporária no transcurso do cumprimento de pena, a exemplo da progressão de regime e do livramento condicional, é tratada de forma individualizada nos autos do processo executivo instaurado em face do apenado. Com efeito, o artigo 4.º da Resolução 113/2010 do CNJ estabelece a faculdade de que os pedidos de progressão de regime, livramento condicional, remição e quaisquer outros sejam autuados separadamente e apenas aos autos do processo de execução. Logo, o tratamento da saída temporária em apenso à guia de recolhimento, embora realidade forense em diversos estados da federação, não é obrigatório, sobretudo com o advento do processo eletrônico.

Todavia, ainda que não se opte pela autuação paralela, a alternativa seria apreciar tais autorizações nos autos do Processo de Execução Penal individual e indivisível formado para cada réu, e reunir todas as condenações que lhe forem impostas, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução, nos termos do artigo 3.º do referido ato normativo, e não em expediente desacompanhado dos autos que encerram o processo executivo em si.

Progressivamente flexibilizada, não obstante as disposições normativas tenham permanecido ou até sido recrudescidas em seu rigor, dinâmica similar tende a ampliar o alcance da benesse na jurisprudência das cortes superiores, muitas vezes em detrimento dos ditames legais, ressalvada a exceção quanto à exigência do requisito objetivo cronológico.

Nessa análise de alguns precedentes das cortes superiores, constata-se o questionamento a requisitos para a obtenção e mitigação na forma como é cronologicamente aproveitado o benefício e, mais recentemente, no rito procedimental para o apreciar, atenuando-se o caráter jurisdicional em favor da *automatização*.

3.1. A mitigação do requisito objetivo cronológico

No tocante à mitigação das exigências para obter o direito, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula do Enunciado 40/1992 para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considerado o tempo de cumprimento da pena no regime fechado. Nesse ponto, o tribunal apenas interpretou lacuna da LEP em seu art. 123, inc. II, que beneficiaria o condenado. Como o dispositivo se limitou a prever o lapso de pena para o apenado fazer jus ao instituto, sem especificar se tal fração de pena poderia ser contabilizada durante o regime fechado anteriormente cumprido, ou se sua contagem deveria ser iniciada só depois da progressão ao regime semiaberto, é certo que a interpretação mais favorável ao sentenciado deveria prevalecer, diante do silêncio do legislador.

Como aduziu o ministro Jesus Costa Lima, quando do julgamento do Recurso em Habeas Corpus 1617/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça, nos idos de 1992, o legislador não restringiu a quantidade do cumprimento da pena a cada um dos regimes. É evidente que, se o recorrente veio a progredir do regime fechado depois de satisfazer o requisito objetivo do quantum da pena, ele não fica sujeito ao cumprimento de mais um sexto da mesma pena no regime semiaberto. Entenderia de outro modo se a norma retrocitada fosse pelo cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime atual, por exemplo.⁵

Pacificado esse entendimento, contudo, surgiram correntes doutrinárias defendendo que os sentenciados que iniciassem o cumprimento de suas penas em regime semiaberto deveriam ser dispensados de aguardar o transcurso de um sexto ou um quarto da reprimenda para pleitearem o benefício, podendo fruí-lo desde o início da execução. Isso porque, caso fosse exigido o decurso do prazo, atingiriam simultaneamente o direito à progressão ao regime aberto, o que inviabilizaria o aproveitamento das saídas temporárias durante a prisão.

Os presos que obtiveram progressão do regime fechado para o semiaberto não necessitam cumprir novamente as frações exigidas para a obtenção da saída temporária, uma vez que é considerado o tempo de cumprimento de pena no regime fechado (Enunciado n.º 40 da Súmula do STJ). Certa esta solução, embora a execução seja composta por regimes distintos e sucessivos, a pena é de fato uma só, incindível. Por razões de isonomia frente àqueles que vêm

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso em Habeas Corpus 1617/RJ. Relator Ministro Costa Lima. Julgado em 2/12/1991. Publicado no DJ de 3.2.1992. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100212865&dt_publicacao=3/2/1992>. Acesso em: 15/2/2021.

do regime fechado, os presos primários condenados diretamente no regime semiaberto podem fruir imediatamente da saída temporária, não sendo necessário o cumprimento de 1/6 da pena no regime semiaberto. (ROIG, Rodrigo Duque Estrada, 2014, p. 357).

Com a devida vênia, o posicionamento mencionado extrapola os limites e torna letra morta o requisito legal explicitamente previsto ao art. 123, inc. II da LEP. Ademais, a suposta isonomia dentro da etapa intermediária acaba por desigualar injustamente os sentenciados diante da execução como um todo. Isso porque exige que alguns aguardem o decurso de lapso temporal, ainda que contabilizando o período em regime mais gravoso, e dispensa outros de tal exigência tão somente por terem iniciado a pena no regime semiaberto. Buscar diferenciar presos em etapas distintas conflita com os próprios alicerces do precedente de 1992, pois apenas é viável reconhecer o cumprimento do lapso em regime fechado e seu usufruto no semiaberto se se considerar a execução de forma global.

Tal corrente, *contra legem*, não encontra guarida na jurisprudência dos tribunais superiores, que, nesse ponto, mantém a exigência do requisito legal explícito. Como exemplo, colaciona-se trecho de acórdão proferido nos autos de Recurso Ordinário em Habeas Corpus 102761/SC, de relatoria da ministra Laurita Vaz, que exprime o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Como se percebe, a negativa de concessão da saída temporária não se mostra desarrazoada ou ilegal, tendo sido amparada na constatação de que o Recorrente não cumpriu o prazo mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, requisito objetivo obrigatório para o gozo de tal benefício. Com efeito, o entendimento desta Corte Superior é de que, à luz do disposto no art. 123, inciso II, da Lei de Execução Penal, o condenado deve atender ao requisito do prazo mínimo de cumprimento da pena, mesmo nos casos de condenados em regime inicial semiaberto, o que não se verificou na hipótese dos autos. Nesse sentido, cito a seguinte jurisprudência: [...] (RHC 69.545/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016.) [...] (RHC 35.940/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe 16/5/2013.) [...] (HC 357.081/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/8/2016; sem grifos no original.) [...] “ (HC 335.334/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2016, DJe 11/5/2016; [...]).⁶

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso em Habeas Corpus 102761/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 4/10/2018. Publicado no DJ de 23/10/2018. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802322244&dt_publicacao=23/10/2018>. Acesso em: 26/3/2021.

Todavia, não obstante minoritária, a corrente em questão já foi acolhida em julgados de cortes estaduais, dispensando-se o requisito objetivo cronológico para a obtenção de saída temporária. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, alude-se ao julgamento do Agravo em Execução Penal 1.0035.09.161278-4/004⁷, em 2018, no qual foi unanimemente reputado desnecessário o cumprimento da condição temporal de um quarto da reprimenda para condenados reincidentes que cumprem pena em regime semiaberto, bem como ao do Agravo em Execução Penal 1.0000.18.140345-2/000⁸, em 2019, no qual, ainda que tenha prevalecido a tese de inafastabilidade do requisito temporal, a corrente ora questionada integrou o acórdão como *obiter dictum*, fundamentando o voto vencido. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede liminar, cita-se julgado da lavra do desembargador Willian Campos proferido nos autos do Habeas Corpus 2251090-73.2016.8.26.0000⁹, dispensando o cumprimento de um sexto de pena como condição para a saída.

Ainda quanto à inviabilidade dessa corrente minoritária que nega vigência aos requisitos temporais do art. 123 da LEP, não se pode olvidar que a adoção de lapsos idênticos para a progressão de regime, à época, e para o deferimento da saída temporária foi opção do legislador constitucionalmente imbuído da função de estabelecer tais condições. Logo, desconsiderar o necessário preenchimento do requisito legal corresponde a afastar em absoluto previsão normativa vigente, ilegalidade que não se desnatura em razão de o ditame inutilizado reputar-se ilógico para alguns, sobretudo considerada a inexistência de decisão em sede de controle de constitucionalidade que tenha retirado a validade do dispositivo.

7 BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 3.^a Câmara de Direito Criminal. Agravo em Execução Penal 1.0035.09.161278-4/004. Relator Desembargador Antônio Carlos Cruvinel. Julgado em 14/8/2018. Publicado em 24/8/2018. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=AGRAVO%20EXECUCU%C7%C3O%20PENAL%20-SA%CDDAS%20TEMPOR%C1RIAS%20%20REGIME%20INICIAL%20SEMIABERTO%20-%20DESNECESSIDADE%20REQUISITO%20OBJETIVO%20-%20ALTERA%C7%C3O%20DATA-BASE%20%20INAPLICABILIDADE&pesquisarPor=ementa&orderBy=Data=2&referencialLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 20/3/2021.

8 BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2.^a Câmara de Direito Criminal. Agravo em Execução Penal 1.0000.18.140345-2/000. Relator desembargador Matheus Chaves Jardim. Julgado em 28/2/2019. Publicado em 12/3/2019. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.140345-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 20/3/2021.

9 BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 15.^a Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus 2251090-73.2016.8.26.0000. Relator desembargador Willian Campos. Julgado em 2/2/2017. Publicado no DJ de 12/5/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJSP_HC_22510907320168260000_67e92.pdf?Signature=gJHMR%2FCYz8K7wZvs3bo9fepiGH8%3D&Expires=1518716440&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&f-amz-meta-md5-hash=9e91e68d346215ffa8b14a5f643f7192>. Acesso em: 15/2/2021.

Outrossim, é oportuno destacar que a mera similaridade entre os marcos temporais para a obtenção da saída e da progressão não equivale a dizer que este benefício torne aquele inócuo. Para além do requisito objetivo cronológico, existem outras exigências legais a serem cumpridas para a incidência de ambos os institutos. É possível que determinado reeducando, após o cumprimento de um sexto da reprimenda, seja agraciado com o benefício em estudo, porém, diante das particularidades do caso concreto, e consoante a súmula vinculante n.º 26 e súmula n.º 439 do Superior Tribunal de Justiça, tenha que aguardar a realização de exame criminológico para satisfazer o requisito subjetivo necessário à sua progressão ao regime aberto.

Ainda se constata que tal teoria veio a sofrer novo golpe com as alterações que a Lei 13.964/2019 promoveu também no art. 112 da Lei de Execução Penal. A identidade entre os lapsos para a progressão ao regime semiaberto e a concessão de saídas temporárias foi em grande medida encerrada pelos novos e variados marcos previstos entre os incisos II e VIII, percentuais diversos que buscam melhor concretizar a individualização da pena. Nessa senda, mesmo ostentando primariedade, indivíduo que vier a ser apenado pela prática de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, por exemplo, precisará resgatar monta significativamente superior a um sexto antes de pleitear promoção ao regime menos gravoso, tornando estéril a proposta.

Demonstrado que a dispensa do requisito objetivo cronológico para a saída temporária é expressamente minoritária na doutrina e jurisprudência pátrias, argumentos análogos não impediram os tribunais superiores de entender, debruçando-se sobre questão similar, por ignorarem requisito temporal necessário à obtenção de outro benefício, de modo a privilegiar reeducando que inicia o resgate de sua reprimenda no regime intermediário.

O voto do ministro Roberto Barroso proferido em 2014, em execução penal processada em sede do STF, sintetiza o panorama jurisprudencial na esteira das condenações oriundas da Ação Penal 470, o conhecido “mensalão”:

Por todas essas razões, concluo que a exigência objetiva de prévio cumprimento do mínimo de um sexto da pena não se aplica aos presos que se encontrem em regime inicial semiaberto. Considero que impor tal exigência aos condenados no presente processo implicaria em alterar a jurisprudência vigente, estabelecendo um regime diferenciado e excepcional. Isso porque, como se procurou demonstrar até aqui: a) há mais de 15 anos, o Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado de uniformizar a interpretação do direito federal, já sedimentou o entendimento de que o prévio cumprimento de um sexto da pena, para fins de trabalho externo, não se aplica aos que se encontrem

em regime semiaberto; b) seguindo essa orientação, os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Estado de Minas Gerais, responsáveis pela execução direta das penas aplicadas aos agravantes, tampouco impõem essa exigência; c) Boa parte da doutrina especializada defende o ponto de vista contrário ao da decisão aqui recorrida, sustentando a possibilidade de trabalho externo independentemente do cumprimento de um sexto da pena; d) tanto do ponto de vista da lógica jurídica quanto da interpretação pragmática, essa solução é a que atende, de maneira mais adequada, às circunstâncias do sistema prisional brasileiro.¹⁰

A corte guardiã da Constituição optou por ignorar requisito expresso no artigo 37 da LEP ao permitir a imediata realização de trabalho externo por sentenciado que iniciou o cumprimento de pena em etapa intermediária, independentemente do resgate prévio de um sexto da reprimenda. E, ainda que se trate de instituto diverso, o raciocínio exposto facilmente poderia ter sido vertido aos pedidos de saída temporária, tornando inócuo mais um dispositivo da legislação.

Cumprе ressaltar que, diante das já mencionadas alterações que a Lei 13.964/2019 promoveu no art. 112 da Lei de Execução Penal, e reconhecendo a similaridade entre as matérias, o entendimento que tende a prevalecer é o esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, em detrimento da maior flexibilização acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, considerando que os lapsos para progressão de regime não mais se resumem a um sexto para crimes não hediondos, afastando a identidade com os requisitos cronológicos para a obtenção de saída temporária e trabalho externo, resta vulnerado o fundamento de suposta impossibilidade de fruição destes benefícios por apenados em regime inicial semiaberto. Consequentemente, a dinâmica esperada é a reversão do precedente que afasta a aplicação do art. 37 da LEP, mantendo-se a jurisprudência que mantém íntegro o art. 123, inc. II, do mesmo diploma, e não o contrário.

Ante o exposto, constataм-se sucessivas tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de afastar o requisito temporal para a obtenção de saídas temporárias, não obstante repelidas pelo entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça quanto à manutenção do inciso II do artigo 123 da LEP. Nota-se, igualmente, o acerto da corte guardiã da legislação infraconstitucional sob a perspectiva da integridade do ordenamento jurídico, respeito à determinação do legislador eleito e, consequentemente, garantia da separação dos poderes. Evidencia-se, ainda, a tendência de

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Trabalho Externo na Execução Penal 02/DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 25/6/2014. Publicado no DJ de 5/8/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4499722>>. Acesso em: 15/2/2021.

fortalecimento dessa interpretação vigente com a alteração dos lapsos para a progressão de regime prisional introduzidas pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da Lei de Execução Penal.

3.2. A releitura da distribuição cronológica

Observadas as tentativas de mitigação dos requisitos legais para a obtenção da benesse, constata-se que dinâmica similar obteve maior acolhida jurisprudencial em relação às disposições que norteiam o gozo do instituto em si, notadamente quanto à distribuição cronológica dos dias nos quais o sentenciado permanecerá fora do estabelecimento ao longo do ano.

Como a LEP regula de forma minudente a duração, periodicidade e distanciamento entre os períodos nos quais o reeducando poderá valer-se das autorizações de saída, nos termos do art. 124 *caput* e parágrafo 3.º, caso não se trate de benefício voltado para atividades de formação educacional, prevê a legislação que o sentenciado deixe o estabelecimento em no máximo cinco ocasiões por ano, cada qual limitada a sete dias de permanência, sendo cada período somente concedido depois do decurso de 45 dias, intervalo obrigatório entre eles.

Ao detalhar tão pormenorizadamente o aspecto temporal da fruição do instituto, o legislador compatibilizou o intuito ressocializador com a natureza progressiva e disciplinar da execução penal, concretizando a dupla feição do instituto. Limitar a quantidade de períodos sequenciais, a fim de viabilizar ao sentenciado deixar o estabelecimento prisional, impõe razoável distanciamento entre estes, o que acaba por simultaneamente criar estímulo para que o reeducando retome contato com a comunidade que o cerca, porém sem remover os rigores da pena em regime intermediário.

Logo, se o legislador houvesse previsto quantidade pequena de dias, e ainda concentrasse a fruição destes a uma única oportunidade ao longo do ano, certamente o caráter ressocializador restaria debilitado. Afinal, inevitavelmente reduziria a noção de gradativo retorno ao convívio social em favor de uma abrupta e descontextualizada inserção do apenado à coletividade, porquanto a efetividade do instituto está intimamente ligada à sua habitualidade e repetição em meio a intervalos regulares, como se preparasse o sentenciado para o cumprimento das condições dos desviados livramento condicional e regime aberto.

Em contrapartida, se o legislador houvesse previsto uma quantidade excessiva de dias, ou não impusesse qualquer intervalo entre os ciclos

do instituto, certamente o caráter progressivo da execução restaria prejudicado, uma vez que o regime semiaberto acabaria despidido de seus rigores próprios, tornando-se idêntico ao aberto ou ao livramento condicional durante extensos períodos. Consequentemente, remanesceria desnaturada a própria essência de uma etapa intermediária na qual boa parte seria cumprida extramuros de forma contínua.

Ademais, não se pode olvidar que a distribuição cronológica delineada pela lei acaba por servir também a razões de política criminal e penitenciária que leva em conta o potencial coletivo do instituto. O modelo gradativo e intervalado idealizado pela legislação deveria tornar mais racional e efetiva a gestão do benefício pelas autoridades judiciais e administrativas se comparado a sistema no qual fosse possível que todos os sentenciados saíssem das penitenciárias ao mesmo tempo e permanecessem nas ruas por todo o período previsto para o ano de uma única vez. A existência de intervalos mínimos entre os períodos de fruição dos benefícios acaba por estabelecer uma rotatividade entre a população carcerária, teoricamente fazendo com que sempre existam apenados valendo-se do instituto, porém não todos simultaneamente.

Sobre esse ponto, aliás, ressalte-se a perspectiva eminentemente teórica da prática em diversas unidades da federação da concessão massiva de saídas temporárias em datas comemorativas do Natal e do Dia das Mães, e não em eventos específicos do interesse de cada apenado, a exemplo do aniversário de um filho ou de um genitor. De todo modo, ainda que entendam alguns que a escolha legislativa de distribuição cronológica não atinja o equilíbrio ideal, seja por distância ou proximidade supostamente exageradas entre os períodos, seja por excessiva ou insuficiente quantidade de dias previstos para cada um destes, é inequívoco que a redação do art. 124 *caput* e parágrafo 3.º é taxativa, sem restar lacunas a serem colmatadas.

Em igual orientação, reconhecendo a inafastabilidade da distribuição temporal estipulada pela lei e a consequente inviabilidade de eventual compensação de dias entre os períodos de fruição do direito, não há compensação de dias. Não se trata de direito adquirido a estar fora do ambiente carcerário por 35 dias a cada ano. Se uma saída for autorizada por prazo inferior a sete dias, não haverá como computar a diferença até este total para crédito em outra saída. (MARCÃO, Renato Flávio. 2011, p. 214)

Todavia, a exemplo da apreciação do requisito objetivo, a distribuição cronológica do benefício também passou a ser mitigada pela jurisprudência.

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos, fixou entendimento de que seria possível a concessão de

saídas temporárias em mais de cinco ocasiões ao longo do ano, desde que de menor duração e observado o limite de 35 dias anuais. E para consolidar a orientação da corte guardiã da legislação federal, alude-se ao julgado proferido em 2012 no Recurso Especial 1.166.251/RJ, admitido como representativo da controvérsia e, mais precisamente, ao voto da ministra relatora Laurita Vaz.¹¹

Ainda sobre a distribuição cronológica do benefício, como corolário do descumprimento do *caput* do artigo 124 da LEP, nota-se tendência jurisprudencial em ignorar também o seu parágrafo terceiro de restringir o número máximo de cinco saídas temporárias por ano. Entendem alguns por consequentemente afastar conjuntamente o comando legal explícito de que o benefício só poderia ser usufruído novamente depois de um intervalo mínimo de 45 dias, dado que a distância mínima seria desnecessária entre ciclos de menor duração.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se debruçar em 2016 sobre o Recurso Especial 1.544.036/RJ, assentou tese jurídica de modificação do tema 445. Tal julgado também impactou sensivelmente a discussão quanto à automação das saídas temporárias, embora se tenha limitado à distribuição cronológica do benefício no voto do ministro relator Rogério Schietti Cruz.

O intervalo não pode, entretanto, ser estendido, de maneira literal, aos casos de benefícios de curta duração. Semelhante interpretação impediria a renovação das autorizações por mais de cinco períodos – providência já admitida por esta Corte Superior – e criaria verdadeira dificuldade à fruição dos 35 dias de saídas temporárias anuais, razão pela qual a interpretação do § 3.º deve ser compatibilizada com a cabeça do art. 124 e com o art. 1.º, ambos da LEP. Portanto, nas hipóteses de visita à família ou de participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, fracionadas em até cinco vezes de até sete dias, deve-se aplicar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre um benefício e outro. O longo período extramuros, o maior contato com a sociedade sem fiscalização e a necessidade de estímulos ressocializadores ao longo do ano, de forma intervalada e proporcional ao número de meses, justificam o intervalo exigido pela norma legal. No que tange às saídas temporárias de curta duração, fracionadas em mais de cinco vezes durante o ano e muitas vezes sem pernoite (datas natalícias, Dia das Mães etc.), seria um contrassenso exigir-se idêntico tratamento, porquanto a interpretação, ademais de estar em conflito com o dispositivo do artigo, criaria verdadeiro óbice à fruição dos 35 dias anuais de saídas temporárias, além de ir de

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Recurso Especial 1.166.251/RJ. Relatora ministra Laurita Vaz. Julgado em 14/3/2012. Publicado no DJ de 4/9/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1130089&num_registro=200902165121&data=20120904&formato=PDF>. Acesso em: 15/2/2021.

encontro ao objetivo de solidificação dos laços familiares, essencial para a recuperação do reeducando.¹²

Novamente, nota-se a mitigação do rigor legal em favor de uma interpretação que, embora alegadamente busque atentar-se à ressocialização, extrapola os limites normativos do benefício, em esforço hermenêutico que desconsidera o fato de que a matéria já estava suficientemente exaurida pelas disposições da LEP, não havendo lacuna a ser preenchida.

3.3. A flexibilização procedimental

Descrito o abandono dos ditames legais quanto à distribuição cronológica do benefício, volte-se ao estudo da crescente flexibilização procedimental da saída temporária que culminou na discussão, que já se arrasta há alguns anos, sobre a viabilidade do que comumente se denominou *automação* do benefício.

Como a Lei de Execução Penal não permite entrever qualquer diferença entre o rito cabível para a análise de pedidos de saída temporária e aquele adequado à análise dos demais benefícios, a exemplo dos pleitos de progressão de regime, livramento condicional e remição, entre outros, o correto seria a instauração de incidente específico, nos autos da execução penal de cada sentenciado, para que se analisasse o preenchimento individual dos requisitos para a obtenção do direito.

Com o passar dos anos, o acúmulo de serviço e a falta de estrutura material e de recursos humanos nas varas de execução penal país afora recrudesceram progressivo fortalecimento de correntes que defendiam maior agilidade na concessão do direito, ainda que isso significasse o abrandamento do paradigma assecuratório da jurisdicionalização, ou seja, a apreciação da matéria diante do caso concreto, em sede do processo executivo instaurado em face do requerente da benesse.

Nessa senda, benefício que deveria exprimir o ápice do esforço de individualização da pena, concebido para estimular o contato do sentenciado com sua família, observando-se as particularidades de cada contexto fático, bem como para aferir pormenorizadamente o êxito ou o fracasso do reeducando na internalização da disciplina e responsabilidade, tornou-se

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Recurso Especial 1.544.036/RJ. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 14/9/2016. Publicado no DJ de 19/9/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1537683&num_registro=201501732478&data=20160919&formato=PDF>. Acesso em: 15/2/2021.

instituto homogêneo e massivo, concedido ou denegado de forma indiscriminada e pouca atenção ao caso concreto.

Tal fenômeno pode ser observado em diversos estados da federação. Com a instituição de *saidinhas*, as já mencionadas concessões coletivas do benefício em datas festivas colocaram simultaneamente em liberdade, desviada, e no meio social, considerável parcela da população prisional.

O enfraquecimento da individualização do instituto torna-se ainda mais intensa no caso do estado de São Paulo, no qual a coletivização do benefício é feita com a instauração de expedientes únicos, com trâmite perante as corregedorias judiciais dos presídios, visando ao deferimento para diversos apenados sincronicamente e fora dos autos das respectivas execuções¹³, apesar da Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Saliente-se que essas ocorrências foram pouco abordadas na jurisprudência das cortes superiores, mas acabaram por servir de base para que alguns juízos inovassem ainda mais diante da redação legal e instituissem figura que posteriormente viria a ser conhecida como saída temporária *automatizada*, esta sim alvo de acirradas discussões no STJ e STF.

4. A saída temporária automatizada e a hesitação jurisprudencial

Considerando-se a recalcitrância das cortes e a ausência de outras fontes do direito sobre como se daria a automatização, resta aos poucos autores que enfrentam a discussão relatar as orientações fixadas nos julgados, bem como delimitar algumas poucas noções comuns. A propósito, em notável esforço, Luiz Antonio Bogo Chies e Flávia Lucimeri Rodrigues (p. 245), além de descrever a proeminência das definições jurisprudenciais, comentam a caracterização do instituto em si.

A saída temporária automatizada ou programada tem sido um tema olvidado pela doutrina pátria e, nesse caso, resta ser enfrentado, quase que com exclusividade, pela jurisprudência do que se tem indefinição ou carência de delimitações na sua caracterização. Os próprios termos “automatizadas” e “programadas” já indicam, em si, o que caracteriza essa modalidade, ou especificação, das chamadas saídas temporárias.

13 No estado de São Paulo, a adoção de expedientes únicos e a atribuição de competência para deferir autorizações de saída a juízes que não necessariamente os responsáveis pelas execuções penais dos beneficiários foram determinadas pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça daquele ente, por meio da Resolução 616/2013, que disciplinou os Departamentos Estaduais de Execução Criminal (DEECRIM) criados pela Lei Complementar Estadual 1.208/2013.

Da ideia de automatização (tornar automático, automatizar) vem-nos o sentido da repetição do direito/benefício (situação de saída temporária), que se opera com regularidade sem que exista a necessidade de novas intervenções e manifestações de vontade no pedido ou na concessão. Da ideia de programação nos vem o sentido de um planejamento, com a estipulação de dados certos para realizar algo (datas e/ou períodos, no caso de saídas temporárias).

Ambos os termos se complementam, no que tange às saídas temporárias, já que, ao caracterizá-las como uma série de datas e/ou períodos certos e determinados, o apenado poderá gozar do direito-benefício sem que para isso necessite pleiteá-lo a cada oportunidade, porquanto o deferimento já se deu graças a uma anterior, e única, decisão judicial.

Baseado no que se definiu, é possível conceituar a saída temporária automatizada como uma flexibilização procedimental na análise do instituto, caracterizada pela estipulação prévia das datas nas quais será autorizado e repetido o benefício sem intervenção judicial específica para cada fruição. Logo, trata-se da concessão do direito e autorização para seu aproveitamento em diversas ocasiões subsequentes, tudo em uma única oportunidade, observando-se o rito legalmente previsto apenas para a primeira decisão, dispensando-se a manifestação do juízo para as saídas posteriores.

Como corolário dessa automatização, o juízo das execuções e os sujeitos processuais, a exemplo do Ministério Público, invariavelmente acabam por ter seu papel reduzido na dinâmica da saída temporária em igual passo, dilatando-se a importância das autoridades administrativas ligadas à gestão carcerária. Isso porque o acompanhamento do benefício passaria a ser exercido primordialmente pela direção do estabelecimento prisional, que somente viria a acionar os órgãos de cunho jurisdicional caso entendessem que algo teria extrapolado sua própria atribuição na reiteração delitiva ou no cometimento de falta grave.

Apontadas tais linhas gerais para a conceituação da saída temporária automatizada, remanescem dois questionamentos aos tribunais, caso se entenda viável a adoção da medida: os limites do que se pode delegar à autoridade administrativa, e se a fixação das datas para fruição do direito é de competência jurisdicional ou de atribuição do diretor da penitenciária. Sucintamente descritos os elementos que compõem a automatização, volta-se ao estudo dos julgados das cortes superiores sobre a matéria.

À primeira vista, a possibilidade jurídica de adoção da saída temporária automatizada no direito pátrio parece matéria superada, tanto que o

Superior Tribunal de Justiça editou, em 2015, o Enunciado 520 de sua súmula, vedando o benefício no âmbito da execução penal. “É ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional”.

Entretanto, uma análise mais detida da discussão revela que o assunto está longe de um entendimento pacificado, conforme expressa a própria assertiva, porque a redação superficial do dispositivo não permite entrever desde logo os limites do que exatamente está sendo proibido pela corte cidadã. Como se demonstrará, o questionamento foi fundamental, pois ao menos desde 2010 é possível constatar que o entendimento dos tribunais superiores tem oscilado quanto ao conteúdo da proibição, ou até mesmo se a prática deve ser efetivamente proibida.

Cinco anos antes da edição daquela súmula, o Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o Habeas Corpus 98.067/RS do relator ministro Marco Aurélio Mello, reputou válida a automação do benefício, como se depreende de seu voto em 2010:

O tribunal assentou que não conflita com a ordem jurídica ter-se, após o exame do perfil do reeducando, a automaticidade nas saídas, sem a necessidade de a cada qual acionar-se o Ministério Público e movimentar-se a máquina judiciária. [...] O que ocorre é a avaliação satisfatória ao benefício e a tomada de empréstimo desta para as saídas subsequentes. Fico a imaginar o que se terá em termos de colapso, uma vez que se venha a exigir, para cada saída do custodiado, um processo a percorrer o rito próprio, multiplicando-se o número pelas três saídas mensais. Concedo a ordem para tornar subsistente o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.¹⁴

Destaque-se que não se discutiu explicitamente a possibilidade de que se delegasse à autoridade administrativa a fixação das datas de saída, cingindo-se a contenda à viabilidade de se conceder mais de uma autorização em uma única decisão. Destarte, é possível inferir que, à época, prevalecia o entendimento de que era possível a adoção da saída temporária automatizada no Brasil, medida que consistia em deferir, em ato singular, mais de uma autorização para que o sentenciado se ausentasse do estabelecimento prisional.

Depois, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça, em análise de matéria repetitiva no julgamento dos Recursos Especiais 1.166.251/RJ e

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira turma. Habeas Corpus 98.067/RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 6/4/2010. Publicado no DJ de 21/5/2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2665481>>. Acesso em: 15/2/2021.

1.176.264/RJ, firmou entendimento repudiando as saídas temporárias automatizadas. Restou assentado o posicionamento de que cada uma dessas autorizações deveria ser precedida de decisão motivada do juízo das execuções, com a imprescindível intervenção do Ministério Público, afastando-se a possibilidade de delegação ao administrador do presídio da escolha da data em que o reeducando usufruiria do direito.

Os aludidos precedentes da corte cidadã ensejaram não somente a posterior edição da já transcrita Súmula 520, mas também a tese firmada no Tema 445: “A autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais. Não é possível delegar ao administrador do presídio a fiscalização sobre diversas saídas temporárias, por se tratar de atribuição exclusiva do magistrado das execuções penais, sujeita à ação fiscalizadora do Ministério Público”.

Por oportuno, destaque-se o trecho do voto da ministra relatora Laurita Vaz, lançado no acórdão do Recurso Especial 1.176.264/RJ:

Nesse contexto, a toda evidência, percebe-se que a autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivado com a demonstração da conveniência da medida. É o que preceitua o art. 124 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), que expressa a necessidade de autorização do Magistrado, após Manifestação do Ministério Público e da Autoridade Penitenciária.

Desse modo, é indevida a delegação do exame do pleito à Autoridade Penitenciária, impedindo o Parquet de se manifestar na concessão do benefício e, ainda, de exercer a sua função fiscalizadora no tocante à ocorrência de excesso, abuso ou mesmo de irregularidade na execução da medida. A renovação automática das saídas temporárias, deixando a sua fiscalização a cargo do administrador do presídio, contraria, de forma flagrante, a vontade da lei, não bastando o argumento de desburocratização e racionalização do Juízo da Vara de Execuções Criminais justificativa plausível para a não observação a Lei de Execução Penal. No caso dos autos, vê-se que a decisão do Juízo das Execuções contrariou a legislação ordinária de regência, na medida em que dispensou o exame do preenchimento dos requisitos necessários para as saídas temporárias subsequentes à primeira. Em idêntico sentido, é a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de Justiça.¹⁵

Portanto, em nítida contraposição ao precedente isolado do Supremo Tribunal Federal de 2010, o Superior Tribunal de Justiça firmou clara posi-

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Recurso Especial 1.176.264/RJ. Relatora ministra Laurita Vaz. Julgado em 14/3/2012. Publicado no DJ de 3/9/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=20100088564&dt_publicacao=03/09/2012>. Acesso em: 15.2.2021.

ção pela ilegalidade da automatização, o que afastou a possibilidade de fixação de calendário para o gozo das saídas temporárias em ato único. Ademais, aprofundou os limites da discussão ao asseverar explicitamente que a medida atacada acarretaria indevida delegação de competência jurisdicional à autoridade administrativa, limitando-se a denominar essa carga de responsabilidade, cuja transferência seria indevida como *fiscalização*, sem delimitar seus contornos.

Outrossim, nota-se que o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça de guardião da legislação federal e uniformizador da jurisprudência foi o de demonstrar preocupação em estabilizar o tratamento da matéria no ordenamento pátrio. Para tal, dotou seus precedentes de maior cogência, valendo-se de mecanismos como o recurso repetitivo e a edição de súmula e tese.

Não obstante o tema parecesse superado, em 2015, pouco tempo depois da edição da Súmula 520, surgiu no Supremo Tribunal Federal corrente que entendeu válida a automação. Para essa corte, a fixação de calendário de saídas em ato judicial único reconhecia possível flexibilização procedimental. Destaque-se o voto do ministro Gilmar Mendes nos autos do Habeas Corpus 128.763/RJ.

Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta pelo sentenciado, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. Por um lado, a decisão avalia a situação contemporânea, deixando claro que a saída mais próxima é recomendável. Por outro, projeta que, se não houver alteração fática, as saídas subsequentes também serão recomendáveis. A expressa menção às hipóteses de revisão deixa claro às partes que, caso surja incidente, ele será apreciado, podendo levar à revogação da autorização. Ressalto que, em situações ordinárias, os requisitos das saídas são os mesmos, independentemente da estação do ano em que elas ocorrem. A saída do Natal não tem requisitos mais brandos do que a saída da Páscoa, por exemplo. Não há razão funcional para afirmar que, uma única decisão que a ambas contemple, é deficiente de motivação. A decisão única também permite a participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. Pode-se argumentar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não afeta diretamente direito do sentenciado. De fato, se o Juízo das execuções penais determinar saídas temporárias em várias decisões sucessivas, ao invés de em única decisão, a situação do preso será a mesma. No entanto, a realidade da execução penal demonstra que esse tipo de decisão coloca em risco o direito do sentenciado ao benefício. [...] De tudo concluo que o Juiz de execuções penais pode deferir a saída

temporária em uma única decisão, válida para diversas saídas, sem violar o dever de fundamentação ou prerrogativa do Ministério Público. Pelo contrário, a análise individual de cada saída pode colocar em risco o direito do sentenciado ao benefício.¹⁶

Logo, o STF, sem delegar a matéria à autoridade administrativa, limitou-se a reconhecer a validade do deferimento de diversas autorizações em apenas uma decisão, que se fundamentou no risco concreto de que os sentenciados tivessem seu acesso ao direito obstado pelo cenário caótico das varas de execução penal no país.

Depois, o Superior Tribunal de Justiça, em reposicionamento sobre a matéria, reafirmou orientação contrária à automatização, porém tão somente sob o ponto de vista formal, materialmente mitigando o conteúdo da vedação. Isso porque incorporou diversos dos argumentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal, o que alterou o próprio conceito de saída temporária automatizada, e assim não mais incluiria a concessão de múltiplas autorizações em um único ato.

A preocupação da corte guardiã da legislação federal, nota-se, é a de manter íntegro o Enunciado 520 de sua súmula, independentemente da contrariedade demonstrada pelo tribunal constitucional, ainda que, para atingir esse fim, o tenha reinterpretado e alterado significativamente o seu alcance. A mudança de posicionamento se depreende claramente do recurso especial 1.544.036/RJ, em cujo acórdão é inequívoca a superação do entendimento anterior, uma vez que se tornou viável a fixação de diversas saídas em apenas uma decisão.

A meta continua a ser a análise individual e célere de cada saída temporária, de modo a proporcionar aos reeducandos a almejada jurisdição e a gradativa reinserção no meio familiar e social. Entretanto, se a tramitação individual de cada pedido estiver, por questões locais – e isso é notório no caso reproduzido nos autos, referente ao Estado do Rio de Janeiro –, a interferir no direito subjetivo do apenado e a ocasionar demora excessiva do Judiciário para proferir decisões sobre o benefício, por carência exclusiva do aparato estatal, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de o Juiz estabelecer calendário prévio de saídas temporárias anuais em ato judicial único, respeitadas as hipóteses de revogação automática do benefício. (SCHIETTI CRUZ, Rogerio, 2016)

Constata-se que o próprio Schietti Cruz acaba por admitir que o ideal seria a observância ao procedimento legal, tratando o estabelecimento

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda turma. Habeas Corpus 128.763/RJ. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgado em 4/8/2015. Publicado no DJ de 1.º/2/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162675>>. Acesso em: 15/2/2021.

de calendário de autorizações como medida excepcional. Entretanto, ao considerar o risco de demora na apreciação do benefício como fundamento para a adoção da flexibilização procedimental, contexto que é a regra na realidade forense brasileira, sinaliza o tribunal que a figura subsidiária poderá se tornar mais frequente que a norma geral. Outrossim, no voto proferido pelo relator, o conceito de saída temporária automatizada passa a ser encarado sob o prisma da delegação indevida de responsabilidades à autoridade administrativa.

Nota-se, portanto, o esforço em manter vigente a súmula, ainda que com significado diverso. Substituído o conteúdo da proibição, resta viável a fixação de diversas saídas em uma única manifestação judicial, porém exigindo-se que data específica seja previamente determinada pelo juízo, e não pela autoridade administrativa. A delegação da competência torna-se o foco, e não a repetição do benefício em si, como se o tribunal indicasse que a saída temporária automatizada passa a ser admissível no ordenamento, desde que os dias de fruição sejam antecipadamente fixados na sentença, e não escolhidos pela diretoria do estabelecimento prisional.

Impossível não vislumbrar que a vedação à outorga de atribuições assume feições quase simbólicas. Ainda que não recaia sobre os gestores carcerários o dever de escolher os dias nos quais os reeducandos poderão ausentar do presídio, é inequívoco que a automação do benefício eleva sobremaneira o papel fiscalizatório dos administradores, uma vez que somente eles acompanharão a fruição do direito ao longo do ano, bem como o cumprimento das condições pelos beneficiários durante cada autorização. Mesmo que se alegue inexistir delegação formal, é inevitável constatar que, com a adoção de calendários únicos, a administração pública acaba por concentrar diversas das funções que a LEP reserva aos órgãos jurisdicionais.

Saliente-se que a tese subjacente à súmula, bastante alterada, passou a ostentar a seguinte redação no Tema 445:

Primeira tese: É recomendável que cada autorização de saída temporária do preso seja precedida de decisão judicial motivada. Entretanto, se a apreciação individual do pedido estiver, por deficiência exclusiva do aparato estatal, a interferir no direito subjetivo do apenado e no escopo ressocializador da pena, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de fixação de calendário anual de saídas temporárias por ato judicial único, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP.

Segunda tese: O calendário prévio das saídas temporárias deverá ser fixado, obrigatoriamente, pelo Juízo das Execuções, não se

lhe permitindo delegar à autoridade prisional a escolha das datas específicas nas quais o apenado irá usufruir os benefícios. Inteligência da Súmula 520 do STJ.

Terceira tese: Respeitado o limite anual de 35 dias, estabelecido pelo art. 124 da LEP, é cabível a concessão de maior número de autorizações de curta duração.

Quarta tese: As autorizações de saída temporária para visita à família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, se limitadas a cinco vezes durante o ano, deverão observar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra. Na hipótese de maior número de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante os doze meses do ano e muitas vezes sem pernoite, não se exige o intervalo previsto no art. 124, § 3.º, da LEP.

Em suma, ao final de tantas mudanças de posicionamento, a flexibilização procedimental da concessão de saídas temporárias acabou por prevalecer, não obstante a Súmula 520 do STJ continue formalmente em vigor. A aparente salvaguarda da reserva jurisdicional legalmente prevista para o benefício foi mitigada de tal forma que atualmente se resume a proibir a atribuição aos agentes administrativos do poder de fixar as datas de fruição pelos sentenciados. Contudo, resta plenamente possível que a apreciação do direito pelo juízo seja feita em uma única oportunidade para todo o ano, repetindo-se o seu gozo sem qualquer análise posterior do poder judiciário sob o crivo do contraditório.

Efetivamente, restou autorizada a saída temporária automatizada, não obstante os tribunais evitem empregar tal terminologia, uma vez que o benefício se tornou passível de sucessivas repetições, independentemente de nova apreciação do órgão constitucional legalmente incumbido de fazê-la. Consequentemente, essas renovações ulteriores restaram despidas da imprescindível carga jurisdicional, o que não se corrige pela mera possibilidade de os agentes administrativos – alçados a verdadeiros controladores da fruição do direito – circunstancialmente informem ao juízo da execução alguma intercorrência que fuja ao comum. Isso porque a simples viabilidade de eventual fiscalização judicial sobre a condução administrativa do benefício não preenche adequadamente os requisitos jurisdicionais inerentes à execução penal.

José Antônio Paganella Boschi (1989, p. 18), ao descrever o que seria uma superada concepção administrativa do processo executivo criminal, ensinou que a execução seria atividade administrativa dotada de jurisdição episódica, constituindo simplesmente fiscalizatória a atuação do juiz, a não ser frente à instauração dos chamados incidentes de execução.

Note-se que limitar a apreciação do instituto a uma única oportunidade anual, deixando os demais esforços de acompanhamento do benefício primordialmente a cargo do poder executivo, aproxima-se criticamente da noção de jurisdição episódica de cunho meramente fiscalizatório, incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Com o enfraquecimento do controle jurisdicional, a atuação do Ministério Público se encontra em posição privilegiada para contornar a redução das oportunidades ordinárias, por meio de intimação pessoal no bojo dos autos do processo executivo, de fiscalização do benefício. Isso não apenas por figurar como órgão da execução penal, nos termos do art. 61, III, da LEP, mas também pela possibilidade de se valer dos amplos instrumentos assegurados pela Constituição Federal, por aquele diploma legal e por diversas outras leis e regulamentos mormente voltados para mecanismos extrajudiciais, tudo com o fito de velar pela regularidade na concessão e fruição do benefício.

A atribuição de natureza jurídica de polícia a considerável parte dos órgãos responsáveis pela segurança penitenciária, nos termos do inciso VI do art. 144 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 104/2019, vislumbra que a supervisão, pelas polícias penais, das saídas temporárias concedidas de forma automatizada também se sujeita ao controle externo da atividade policial a cargo do Ministério Público, consoante art. 129, inciso VII.

Diante desse cenário, a maleabilidade do rito por iniciativa das cortes superiores, longe de ser fenômeno isolado, compatibiliza-se com os demais movimentos de reinterpretação jurisprudencial da saída temporária ora expostos, sempre orientados pelo progressivo abandono dos requisitos legais em favor da agilidade na apreciação do benefício.

Questiona-se o requisito temporal previsto no art. 123, inciso II; a mitigação da distribuição cronológica prevista no artigo 124 *caput* e parágrafo 3.º e, mais recentemente, o abrandamento do caráter jurisdicional determinado pelo artigo 123 *caput* com a automatização do instituto.

Sem almejar discutir se tais medidas, sob uma perspectiva de equidade, são justas ou efetivamente contribuem para aliviar a pressão sobre o sistema carcerário, cabe analisar se possuem compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente. Pelo teor da fundamentação lançada nos acórdãos parcialmente transcritos, salta aos olhos uma grande preocupação com a garantia de fruição pelo apenado, porém não tão evidente com o apontamento das razões que autorizariam o julgador a afastar a disposição normativa expressa.

Tal postura, alicerçada primordialmente na busca da disseminação alargada não necessariamente criteriosa do benefício e da atenuação episódica dos problemas do abarrotado sistema prisional, acaba por propiciar efetiva inovação judicial sobre os critérios legislativos, mormente os já mencionados artigos 123, *caput* e inciso II, e 124, *caput* e parágrafo 3.º da LEP, os quais encerram regras que disciplinam integralmente a matéria, sem lacunas que demandam preenchimento para viabilizar o instituto. Consequentemente, os julgadores que se imiscuírem no papel do legislativo não apenas tensionam as raias da separação entre os poderes, mas também deixam de enfrentar questões que foram levadas em conta pelo Congresso Nacional ao elaborar os minuciosos parâmetros da norma, como preocupações com a segurança pública, disciplina penitenciária, manutenção das características de cada regime no sistema progressivo de pena e a própria inderrogabilidade da sanção penal.

Ainda quando abordados os princípios constitucionais aludidos aos julgados, nota-se a prevalência da duração razoável do processo, porém curiosamente em nenhum dos acórdãos pesquisados foi possível notar a preocupação em efetivamente adentrar-se à seara do controle de constitucionalidade.

5. Conclusão

Sobre o cabimento e o processamento da saída temporária, foi possível concluir que a apreciação dos pedidos de saída temporária possui nítido e inafastável caráter jurisdicional tanto nos termos da lei quanto na doutrina majoritária. Sob a óptica legal e doutrinária, a saída temporária não se diferencia procedimentalmente dos demais institutos do diploma legal, que se sujeitam a ditames aplicáveis ao processo executivo criminal quando da apreciação de benefícios, a exemplo da progressão de regime e livramento condicional.

Na teoria, a saída temporária estimula a ressocialização do sentenciado pela reconstrução ou reforço de seus laços com a comunidade, bem como revela o estágio de internalização disciplinar de seu comportamento quando reinserido em sociedade, sem vigilância direta, por determinado período. Consequentemente, assume dupla feição, voltando-se à ressocialização do apenado e à garantia do integral cumprimento de pena.

A existência de diversos julgados concedendo o direito à saída temporária em hipóteses diversas das legalmente estabelecidas, ou o emprego de figuras sem previsão normativa, revela ser o estudo da jurisprudência

essencial para a adequada compreensão da realidade da aplicação do benefício no cotidiano forense brasileiro muito além do previsto na Lei de Execução Penal.

Aliás, o estudo de alguns entendimentos adotados pelas cortes superiores demonstra linha jurisprudencial comum pela mitigação dos rigores legais e em favor da ampliação do alcance do benefício, sendo possível constatar tal relativização no preenchimento dos requisitos para a obtenção na forma como o benefício é cronologicamente aproveitado pelos sentenciados e no rito procedimental para sua apreciação, atenuando-se o caráter jurisdicional em favor da *automatização*.

Quanto à mitigação dos requisitos, percebem-se questionamentos sobre a necessidade de cumprimento de lapso temporal da pena antes da obtenção das saídas temporárias, não obstante o inciso II do artigo 123 da LEP permaneça inalterado. Embora tenha sido defendida por setores doutrinários e atingido algum respaldo na jurisprudência de cortes estaduais, a teoria foi repudiada pelo Superior Tribunal de Justiça e se manteve minoritária. Ademais, a premissa dessa corrente, a identidade entre os lapsos temporais para o benefício em estudo e para a progressão de regime, foi duramente atingida pelas alterações que a Lei 13.964/2019 promoveu no art. 112 da Lei de Execução Penal.

No tocante à distribuição cronológica do benefício, a LEP regula de forma minudente a duração, a periodicidade e o distanciamento dos quais o reeducando poderá valer-se nas autorizações de saída, nos termos do art. 124 *caput* e parágrafo 3.º. Logo, caso não tenha por escopo atividades de formação educacional, a legislação prevê que o sentenciado deixe o estabelecimento em no máximo cinco ocasiões por ano, cada qual limitada a sete dias de permanência. Cada um desses períodos só pode ser concedido depois de um intervalo obrigatório de 45 dias. Todavia, não obstante a clara e exauriente redação legal, a jurisprudência dos tribunais superiores passou a admitir a concessão de mais de cinco saídas temporárias por ano, desde que com menor duração, e afastou também o comando legal explícito do intervalo mínimo de 45 dias.

Quanto à análise do cabimento da saída temporária automatizada pelos tribunais superiores, nota-se divergência acirrada, com sucessivas mudanças no entendimento dominante e no próprio conteúdo da expressão. Embora o Superior Tribunal de Justiça resista em adotar a terminologia *saída temporária automatizada*, provavelmente por ter no passado ensaiado uma posição contrária, acabou por admiti-la, uma vez que o instituto, em sua acepção original descrita no entendimento originário do STF

em 2010, foi plenamente autorizado, reconhecendo a possibilidade de fixação de diversas saídas em ato judicial único, a serem acompanhadas tão somente pelos gestores do sistema carcerário.

Tal medida reduz o caráter jurisdicional do processamento, limitando o benefício a uma única ocasião no ano, mas o controle subsequente passa a ser feito em sede administrativa com fiscalização apenas subsidiária do judiciário, mediante provocação do poder executivo. Nesse cenário, tornase ainda mais imprescindível a atuação do Ministério Público por meio de mecanismos extrajudiciais de fiscalização, inclusive no âmbito do controle externo da atividade policial diante do novo inciso VI do art. 144 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 104/2019.

Ante o exposto, constata-se que os rigores legais previstos para a obtenção da saída temporária vêm sendo sistematicamente abrandados pelas cortes superiores abertamente em contrariedade com o texto normativo, sendo impossível sustentar que se trate de esforço interpretativo para preencher lacunas, notadamente porque a matéria já se encontrava exaurida pela Lei 7.210/1984.

Na busca da disseminação alargada e não necessariamente criteriosa do benefício, bem como da atenuação episódica dos problemas do abarrotado sistema prisional, tensionam-se as raias da separação entre os poderes até mesmo em questões que devem ser levadas em conta pelo legislador ao elaborar os parâmetros da norma nas preocupações com a segurança pública, disciplina penitenciária, manutenção das características de cada regime no sistema progressivo de pena e a própria inderrogabilidade da sanção penal.

O impacto dessas preocupações no benefício foi veiculado via Lei 13.964/2019 do Legislativo por meio da vedação de concessão a “condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte”. Logo, nota-se uma tendência contraposta ao abrandamento contínuo capitaneado pelos tribunais superiores.

Identifica-se consistente tendência em os julgadores afastarem os ditames da LEP aplicáveis. Nos poucos julgados em que essa possibilidade de superação da norma positivada foi enfrentada, notou-se a prevalência do princípio da razoável duração do processo, todavia sem adentrar o órgão jurisdicional ao controle de constitucionalidade propriamente dito que autorizaria tal juízo de ponderação.

6. Referências

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AUGUSTIN, Sérgio. *Execução criminal: função jurisdicional ou administrativa*. Caxias do Sul: Plenum, 2007.
- BARROS, Ana Luísa Xavier et al. As saídas temporárias na execução penal: ambiguidades e possibilidades. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 19, p. 133-149., jul./dez. 2006.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Execução Penal: questões controvertidas*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1989.
- _____. Saídas temporárias: aspectos legais e jurisprudenciais. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 44-47., jul./set. 1990.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo; RODRIGUES, Flávia Lucimeri. Saídas temporárias automatizadas e programadas: análise de legalidade. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 243-256., jan./dez. 2003.
- CORRÊA, Alexandro Melo. Saídas temporárias: ambiguidades presentes na lei de execução penal. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 231-242., jan./dez. 2003.
- COSTA, Valesca Brasil; GÓES, Rosângela Garcia de. Saídas temporárias: relação com o trabalho externo. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 257-267., jan./dez. 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Natureza Jurídica da Execução Penal* (coord). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7. 507.
- KUEHNE, Maurício. *Lei de execução penal & legislação complementar: com as normas do Sistema Penitenciário Federal*. 14. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- _____. *Lei de execução penal anotada*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Lei de execução penal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MIR PUIG, Carlos. *La prisiónabierta. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 38, n. 3, p. 767-806., set./dez. 1985.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*: v. 2. 8. ed. v.1. Rio de Janeiro: GEN, 2014.
- _____. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.
- PAZ, Sabrina Rosa. Saídas temporárias: como instituto de controle individual e coletivo. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 269-275., jan./dez. 2003.
- PRADO, Daniel Nicory do. Evasões durante as saídas temporárias: estudo empírico do desempenho do instituto e o perfil do evadido. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 307-343., set./out. 2013.

_____. Sobre a natureza jurídica da execução penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1468,9 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10124>>. Acesso em: 6 fev. 2021.

PRADO, Luiz Regis et al. Direito de execução penal. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. “Fac-símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001, p. 137

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUILHERME DE CASTRO GERMANO

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais; bacharel em Direito pela FDUSP (2014); especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ESMP/SP (2018).