

A PROBLEMÁTICA DO DESVIO NA EXECUÇÃO PENAL E SEUS GRANDES VETORES

NERY, Esmalto¹

SANTOS, Fábio Ricardo Rodrigues dos ²

RESUMO:

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar de forma pormenorizada, os desvios e excessos que acontecem na execução penal. Sempre que o interno se comportar de maneira correta no estabelecimento prisional ele terá direito a algumas benesses como progressão de regime, dias remidos, livramento condicional previstas na lei de execução penal. No entanto é cediço que o Condenado é exposto a situações degradantes, exsurge os desvios na execução, tema que será objeto de estudo neste artigo, sempre que ocorrer desvio na execução, existirá órgãos e demais ferramentas que irão recompor os gravames acontecidos de forma ilegal

Palavras-chave: desvio na execução, estabelecimento prisional, livramento condicional

ABSTRACT:

The present work has the scope of demonstrating in detail the deviations and excesses that occur in criminal execution. Whenever the prisoner behaves correctly in the prison establishment, he will be entitled to some benefits such as regime progression, redeemed days, and conditional release provided for in the criminal enforcement law. However, it is imperative that the condemned person is exposed to degrading situations, exsurges the deviations in the execution, subject that will be object of study in this article, whenever there is deviation in the execution, there will be organs and other tools that will recompose illegally lien

Key Words: conditional release, deviation in execution, prison establishment.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é notório que o estabelecimento prisional é caótico, pois é existente uma subcultura carcerária que desenvolve sérias anomalias no condenado, afastando-o cada vez mais de sua condição humana e o levando a uma condição deplorável. Assim sendo a lei 7.210 que trata da execução penal, elenca diversas benfeitorias ao condenado, ou seja, tenta amenizar sua condição através de benesses como a progressão de regime, que seria a grosso modo, a passagem para um regime mais ameno que o anterior, demonstrando que mesmo estando no inferno, um bom comportamento paulatinamente iria melhorar sua condição e devolverá aos poucos sua dignidade, e desta forma se torna menos tormentosa a execução.¹

¹ Aluno do curso de Bacharelado em Direito na Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral – Garça, Email: esmaltoneto@gmail.com

² Professor Orientador, Fábio Ricardo, Mestre em ciências Jurídicas UENP, Professor de Direito FAEF

Assim sendo, cabe ressaltar que o juiz das execuções e o Diretor da penitenciária devem sersubmissos a estrita legalidade e esse ultimo sempre submeter todos os atos que trazem algum gravame na situação do interna a apreciação do juiz, homenageando o principio da jurisdição da execução. Mas na verdade, muita das vezes a execução extrapola os limites fixados na sentença, mantendo o sujeito em um regime por mais tempo que determina a lei, submetendo o sujeito a castigos que a própria lei de execução penal proíbe e assim sendo a premissa de ressocialização vai ficando afastada e o condenado começa a praticar crimes, faltas graves, piorando cada vez mais sua situação no cárcere, pois, os desvios leva a falta de esperança, arreiga no condenado aquele sentimento de que as coisas nunca melhorem de que nada voltará a ser como antes, e conseqüentemente o desvio na execução burla o próprio sentido da lei que é a ressocialização.

Nesta toada, durante o artigo, irá ser demonstrado de que forma se pode evitar um desvio e a importância de se evitar tais excessos na execução.

Por fim, o presente artigo tem o condão de demonstrar onde se encontra durante a execução os corriqueiros desvios, e assim sendo demonstrar quais órgãos e quais ferramentas importantes para evitar ou corrigir tais gravames que ocorrem na toada da execução penal.

Foi usado como metodologia, a interpretação dos tribunais superiores a respeito de tais gravames, ou seja jurisprudências, e também bibliografias a respeito da Execução penal, ora objeto da presente pesquisa.

2. BREVE HISTÓRICO DA EXECUÇÃO PENAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

A execução penal tem início assim que esgotado o processo de conhecimento e da sentença proferida não couber qualquer tipo de recurso se tornando um verdadeiro título executivo judicial. Uma guia é expedida ao juízo das execuções onde se inicia o processo executório e também de ressocialização do condenado. Posto isto, podemos delinear que sua natureza jurídica precípua é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado.

No que tange ao histórico da Execução penal, “sinônimo de sanção” a pena antigamente era flagelo ou seja, a execução era atingir a própria integridade física do sentenciado, podemos remontar ao tempo da lei das doze tabuas, em que o mal era

retribuído na mesma proporcionalidade se utilizando daquele velho jargão, quem com ferro fere com ferro será ferido, ou seja a pena não buscava ressocializar o sujeito mas sim fazer o condenado penar, com as seguintes sanções, tortura, pena de morte, e demais meios insidiosos.

Nessa esteira, ao passar do tempo, com as mudanças socioculturais foi se percebendo que a pena tinha que buscar algo a mais e não apenas o açoite do condenado, foi se percebendo que gradualmente o sujeito teria que ser agraciado durante a execução quando demonstrado bom comportamento carcerário, assim sendo foi ficando para traz o direito penal do inimigo, como disserta o festejado professor Nucci:

Na esteira do preceituado pelo art.5, XLIX, da constituição, e pelo art.38 do código penal, o sentenciado deve conservar todos direitos não afetados pela sentença condenatória. Quando se tratar de pena privativa de liberdade, restringe-se apenas seu direito de ir e vir e os direitos a ele conexos como, por exemplo, não ter integral intimidade, mas o mesmo não se faz no tocante aos demais direitos individuais, como a integridade física, o patrimônio a honra a liberdade (NUCCI, 2011, pg.1002)

Assim, segundo os ensinamentos do Desembargador Nucci, a execução penal deve resguardar todos direitos que não foram atingidos pela condenação, ou seja, o condenado durante a execução tem direito a assistência médica, assistência religiosa, ser ouvido em audiências pelo Diretor do Estabelecimento penal entre outros direitos consagrados pela lei de execução penal e pela Constituição Federal, tudo isso, fruto de conquistas históricas e de avanços sobre Estados totalitários em que o sujeito durante a execução era considerado inimigo do próprio Estado, ou seja, perdia todos Seus direitos.

Com o passar do tempo foi se deixando para traz a vingança privada, divina, onde a execução era feita por particulares ou até por pessoas que diziam à época que recebiam mensagens divinas para executar as pessoas passando a ser função do Estado julgar e depois de esgotado todo processo, fiscalizar a execução da pena.

Assim podemos concluir que o Estado ao chamar para si a responsabilidade do processo de conhecimento e de execução impõe observância a todos órgãos estatais e impõe um compromisso de que todos eles sejam submissos ao ordenamento jurídico que é a essência do Estado Democrático de Direito.

Ao ganhar essa essência Constitucional, e estar agasalhado por diversos tratados de Direitos Humano que reforça a proteção constitucional doméstica e impõe observância

a esses direitos em âmbito internacional, a execução penal ganha relevância e todo tratamento abusivo a condição humana será punido na forma da lei.

3. CONCEITO DE DESVIO E SUAS MODALIDADES

Ab initio, importante ressaltar, que a execução penal se submete a estrita legalidade, ou seja, o cumprimento de pena, não pode destoar do que foi acordado na sentença condenatória sob pena de se incorrer no desvio maléfico de execução. A palavra desvio significa mudança de direção ou posição, volta, sinuosidade de um caminho, ou seja é um desconcerto do plano original, deturpar o que foi feito. Na execução podemos perceber tal fenômeno, sempre que um ato praticado for “ A quem “ da sentença condenatória, ou seja, sujeito passa tempo demais em um regime, sujeito tem direito a remição dos dias em que trabalhou e estudou e mesmo assim seu tempo não é descontado, alguns direitos previstos na lei de execução penal como a assistência a saúde, religiosa, são tolhidos de forma arbitrária, são as rotineiras barbáries que é uma triste realidade que ocorre no estabelecimento Prisional, conforme rodrigo prado, em seu artigo publicado no site de ciências criminais (PRADO, 2018, s/n)

Haverá desvio da execução quando o cumprimento da pena destoar dos parâmetros impostos na sentença ou previstos em lei, podendo referir-se não apenas ao afrontamento dos direitos do sentenciado, como também, a benefícios impropriamente concedidos. Nesse caso, o constrangimento ilegal supera em conteúdo qualitativo os limites fixados. Teríamos o caso, como exemplo, da permanência do condenado no regime semiaberto nas regras do regime fechado por inexistência de colônia agrícola, industrial ou similar na Comarca em que se cumpre a pena.

Conforme narrado de forma brilhante no citado artigo, o desvio na execução é todo excesso, desmedido que extrapola o que foi acertado na sentença condenatória, ou seja, o desvio pode ser tanto maléfico como benéfico.

Uma das modalidades de Desvio é o Chamado Desvio Benéfico, que é aquele mais benigno ao sujeito, só que ao mesmo tempo ilegal, pois, o condenado ainda não faz jus a tal benéfico, exemplo seria conceder livramento condicional ao sujeito reincidente em crime hediondo, como sabemos o código penal de forma expressa veda o livramento condicional ao condenado que após sentença condenatória anterior por crime hediondo

voltou a cometer crime da mesma espécie, ou obter a progressão de regime, sem ter cumprido o lapso temporal, ou carente o requisito subjetivo ao condenado.

De outra ponta, o desvio Maléfico, tem como característica marcante, ignorar o mérito do condenado ou ignorar a individualização outrora feita pelo juiz da fase de conhecimento penal, ao confeccionar a sentença penal condenatória, podemos ilustrar como exemplo o sujeito que é submetido ao regime disciplinar diferenciado sem ter praticado falta grave que subverta a ordem interna do estabelecimento Penal, de outra ponta podemos elencar também o sujeito que tem sua regressão, ou seja, a passagem para um regime mais gravoso sem se quer ser submetido ao procedimento administrativo.

Podemos concluir que o desvio tanto pode agravar a situação do condenado ou beneficiá-lo de forma ilegal e contraria a finalidade da pena, pois quando benéfico o estado administração pode colocar de volta ao leito da sociedade um sujeito que ainda não se restaurou por completo, e quando maléfico, se tem a agravação do quadro do condenado, pois paulatinamente, não irá aguentar o inferno do cárcere e não muito tarde acabará participando de organizações criminosas ou até se suicidando, pois os gravames do cárceres são irreversíveis.

Assim sendo, exsurge alguns órgãos importantes no que atine a fiscalização da execução penal.

3.1 Diferença entre desvio e Excesso na Execução.

Segundo art. 185 da lei de Execução penal, o desvio ou excesso, ocorre sempre que algum ato for contrário a sentença condenatória, ou regulamento. Nessa esteira importante observar que o excesso é sempre maléfico ou seja, não existe a modalidade benéfica de tal instituto, ele atinge o sujeito sempre de forma quantitativa.

Já a figura do Desvio, tanto pode ser benéfico ou maléfico, ou seja, ele pode tanto agravar a situação do condenado, ou conceder algum benefício de maneira ilegal, segundo magistério do professor MIRABETE

“Assim ocorre o primeiro quando, por exemplo, a autoridade administrativa ultrapassa, em quantidade, a punição, fazendo com que o condenado cumpra uma sanção administrativa além do limite fixado em lei, enquanto existirá desvio quando ele afasta dos parâmetros legais estabelecidos (MIRABETE, 1999, PG 651)”

Neste diapasão, poderíamos citar como um exemplo de excesso de execução, o sujeito que tem seus direitos tolhidos de forma arbitrária, sem ter cometido falta grave, sem ser precedido de procedimento administrativo, sujeito que tem o direito de comunicação com o mundo exterior tolhido de forma inidônea.

Por outro lado, poderíamos citar o desvio, como mudança de percurso, um exemplo seria, quando a autoridade administrativa não realiza procedimento disciplinar após o internado cometer falta grave, ou seja, a lei é clara quando manda instaurar procedimento interno, assegurando a ampla defesa, se assim não o faz é existente a figura paradoxal do desvio, pois viola mandamento legal.

Assim sendo, conforme os fatos retro declinados, pode se perceber que tal instituto é intimamente ligado com algumas ilegalidades que ocorrem na execução, por isso a palavra desvio significa tudo aquilo que deturpa o que foi acordado, que tem seu percurso alterado, é uma situação paradoxal que ocorre na execução penal.

4. DESVIO NA EXECUÇÃO NO TOCANTE A PROGRESSÃO DE REGIME E A IMPORTÂNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO COMO VETOR AO DESVIO

É sabido segundo o princípio Constitucional da Individualização da pena com previsão no art. 5º, XLVI da Constituição Federal que o Estado tem o dever na toada da execução de individualizar a punição do sujeito ou seja, levando em consideração que cada indivíduo é detentor de características próprias não pode o Estado administração tomar como base uma condenação paradigma e engessar as demais, pois, o diretor do Estabelecimento prisional tem que ser submisso aos limites da sentença condenatória sob pena de incorrer em desvio na execução, segundo ensinamentos do festejado Guilherme Nucci:

O processo de aplicação da pena depende de discricionariedade judicial, embora devidamente fundamentada, permitindo a apreciação dos vários elementos colocados à disposição da lei ordinária, no intuito de tornar específica e detalhada a individualização da pena (NUCCI ,2013, P.92)

Assim sendo, segundo se extrai dos ensinamentos do citado professor, pode-se notar uma simbiose existente entre o juiz da fase de conhecimento e o juiz da fase de execução e o diretor do estabelecimento prisional, posto que o primeiro amolda uma pena na sentença condenatória e o estabelecimento prisional juntamente com o juiz da

execução deve ser submissos a ela, pois cada sentença condiz com a realidade do condenado.

Mas, na realidade, não é isso que acontece, exsurge os desvios e excessos na execução, ou seja, sujeito aguarda tempo a mais em um regime, não consegue a benesse da progressão mesmo cumprindo os requisitos do código penal, não obtém o livramento condicional e assim sendo desvirtuando o que foi acordado no título condenatório proferido outrora. Questão tormentosa e que foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal através de uma reclamação e que configura flagrante violação de Direitos humanos e nítido Desvio na execução, foi o caso em que o sujeito estava aguardando uma vaga no regime aberto estando o mesmo recolhido no fechado, constituindo-se dessa forma, nítido constrangimento ilegal segundo entendimento do Decano Ministro Celso de Mello em seu ilustre voto, (MELLO, ANO 2016, p.8)

A situação que se acha submetido o ora reclamante é incompatível com o que prescrevem e determina a lei de execução penal, de um lado, e a sumula vinculante nº 56, de outro, pois a incapacidade do poder público de adotar as providências necessárias ao cumprimento da legislação de que é ponto o exclusivo destinatário impõe ao sentenciado em questão injusto constrangimento ilegal, por efeito de um inaceitável desvio na finalidade de execução de pena. (MINISTRO CELSO DE MELLO, RECLAMAÇÃO Nº 29.251, 2016, PG. 8, on-line)

Assim, pode se concluir que sendo o Estado administração submisso ao princípio da legalidade da execução, deve o mesmo se atentar ao código penal e a lei de execução penal, se o sujeito cumprira os requisitos autorizadores da progressão não poderá jamais padecer com os gravames do regime fechado. Denota-se que, o Estado tem o dever em contra partida também de zelar tanto da execução como da integridade do sujeito, pois é sabido os gravames que uma execução desregrada pode causar.

Portanto toda vez que o sujeito se vê tolhido do seu direito a progressão, acontece uma falha em todo sistema de ressocialização posto que, tem sua esperança perdida durante a execução, pois pensa consigo, que mesmo tendo comportamento padrão penitenciário, não irá obter a tão desejada liberdade, a partir de então uma vez perdida essa esperança o sujeito se infiltra nas organizações criminosas existentes na Administração penitenciária.

Hoje por conta da superlotação das penitenciárias de todo território nacional, a progressão é instrumento de humanização tanto das penas, em outro lado, em respeito à

condição humana do condenado, pois a condição de lotação além de disseminar doenças é também território fértil para práticas de crimes, território fértil também da desilusão, pois toda vez que se segura alguém em um determinado regime e esse alguém tem direito a um regime menos brando, os transtornos são irreparáveis.

4.1 Da judicialização do Procedimento Administrativo

Outro ponto importante, no que tange a progressão de regime, é no que atine a prática de Falta grave, como é de sabença de todos, ela interrompe a progressão do Regime. O sujeito que cometeu outrora crime comum, mas, em momento oportuno ostenta bom comportamento e cumpre parcela de sua pena Tem Direito a progressão de Regime, segundo cognição legal do art. 112 da Lei de execução Penal, in verbis

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

De outra ponta reza a sumula 534 do STJ que a prática de falta grave, interrompe esse prazo, ou seja, apurada a Falta, o sujeito deve cumprir mais 1/ 6 no regime em que ele se encontra. Desta feita, importante se faz a Judicialização da execução como importante instrumento jurídico para se evitar desvios. Segundo exegêse da Lei de Execução, toda violação de norma, regulamento é um desvio, por isso deve ser submetida a uma apreciação judicial imparcial, e se o prazo foi interrompido de forma ilegal, o sujeito imediatamente será posto em outro regime compatível com sua situação, segundo a sumula 533 do Superior Tribunal de Justiça

Súmula 533: Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Nesta esteira, segundo ilustra a súmula, o processo administrativo deve ser submetido à apreciação do judiciário para que se faça um controle, ou seja, assim sendo,

se evita possíveis desvios e consegue apurar eventuais irregularidades que podem se tornar gravames irreparáveis ao sentenciado.

A Judicialização da Execução é um princípio de suma importância, pois o Administrador penitenciário deve estar atento a todos os atos praticados na execução, pois a judicialização significa a personalização da Mais irrestrita ampla defesa, pois sempre será passível de revisão pelo poder judiciário, todos atos que forem praticados de maneira não adúladora a lei.

5. DESVIO MALÉFICO NA EXECUÇÃO NO TOCANTE A SAÍDA TEMPORÁRIA E A FIXAÇÃO DO CALENDÁRIO ANUAL COMO FORMA DE VETOR AO DESVIO

Podemos observar o Desvio em toda ilegalidade que ocorre no âmbito do sistema prisional, a saída temporária instituto com viés ressocializador está previsto na lei de execução penal, e reza que os condenados que cumprem pena no regime Semi aberto podem ser agraciados por essa benesse mediante ato motivado e indelegável do Competente juiz da Vara das Execuções criminais segundo inteligência do Art.122 da Lei de Execução Penal, In verbis

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. “A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Segundo exegese que se faz, do citado artigo, se percebe que a saída temporária tanto pode ter um caráter afetivo, ou seja, de visita a família que significa reestruturar os laços, ou com fins Educativos.

Acontece que, a saída temporária deve ser precedida de avaliação individual de cada sujeito, tal avaliação é feita de forma exclusiva pelo Juízo da vara das execuções Criminais e jamais pelo administrador da penitenciária. Só que as vezes, a própria burocracia estatal, é um vetor para se obter a saída temporária, ficando o preso aguardando encarcerado um parecer favorável do Juízo das execuções.

Assim sendo o Ministro Rogério Schietti Cruz, em brilhante decisão, ilustrou que deve ser criado um Calendário anual, com as saídas discriminadas, ou seja, através de ato judicial único, de modo excepcional, pois o encarceramento de pessoas de forma gritante juntamente com a morosidade do atendimento do pleito pelo juiz das execuções, constitui flagrante desvio de finalidade na pena, e nítido constrangimento ilegal, (SCHIETTI, ano 2015, p. 18)

A meta continua a ser a análise individual e célere de cada saída temporária, de modo a proporcionar aos educandos a almejada jurisdição e a gradativa reinserção no meio social. Entretanto se a tramitação individual de cada pedido estiver, por questões locais, e, isso é notório no caso dos autos, referente ao Estado do Rio de Janeiro a interferir no Direito subjetivo do Apenado e a ocasionar a demora excessiva do judiciário de proferir decisões sobre o benefício, por carência 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. (ROGÉRIO, Recurso especial Nº 1.544.036, Pg. 18, Online)

É sabido, que o ato de autorizar à saída temporária, e indelegável, só que no caso em tela, foi observado pelo ministro, a demora na judicialização da Execução, ou seja, exsurge uma situação paradoxal, o sujeito faz jus ao benefício em contra partida o Estado que deve conceder o mesmo, não consegue por razões de burocracia.

Desta feita, em decisão sui generis, decidiu-se que fosse Feito um Calendário através de ato judicial único, como forma de desafogar a espera, e assim sendo, tendo seu pleito atendido de forma mais célere.

Como se denota, o calendário citado pelo ilustre ministro tem o condão de evitar o desvio maléfico na execução.

5.1 Do desvio benéfico no tocante a saída temporária

Outro ponto importante também no que tange a saída temporária, é a figura do desvio benéfico ou seja, o sujeito que cumpre pena em regime semiaberto somente pode

ser agraciado com tal benesse, nos moldes do Art. 122 da lei de execuções penais. Se não estão presentes os requisitos queridos pela lei, ele não pode obter a saída, segundo lição do ilustre professor Renato Marcão em sua obra de execução

São exemplos de desvio no curso da execução, sem prejuízo de tantos outros:
a) permitir, injustificadamente, o cumprimento de pena em regime mais brando que aquele da condenação, b) conceder permissão de saída hipóteses do Art. 120 ou por prazo superior ao previsto no Art.124 da LEP (MARCÃO, ANO2012, Pág. 146/147)

Conforme se extrai do ministério do professor Marcão, existem várias nuances, ou seja, o desvio no tocante a saída temporária tem duas faces, pois, pode agravar a situação do apenado ou abrandá-la (concessão de forma indevida de benefícios), pois, no exemplo citado, o prazo máximo da saída é de 7 dias, se, por ventura, for concedida em prazo maior, se incorre no desvio benéfico.

Assim sendo, cabe tanto ao ministério público, como aos demais órgãos da execução penal, instaurar o incidente de desvio, seja ele benéfico ou maléfico, para reaver toda situação, e apurar eventuais ilegalidades ou benesses concedidas a condenados de forma ilegal.

6. A INSTITUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA EXECUÇÃO PENAL E DEMAIS LEGITIMADOS PARA INSTAURAR O INCIDENTE DE DESVIO

É sabido, que o “PARQUET” é considerado perante a constituição Federal de 1988 uma função essencial a Justiça, ou seja, já chegou a ser considerado por alguns autores, ainda quede forma tímida “um quarto poder”, pois seu mister constitucional além de promover a ação penal Pública Incondicionada é responsável pela fiscalização da lei.

Na toada da execução Penal, é instaurado uma nova relação jurídica em que o assistente de acusação não é parte, e cabe também nessa fase ao membro do ministério público fiscalizar não só a lei, mas também outros afazeres descritos no Art. 68 da lei de execução penal

Art. 68 – incube ao Ministério público:
I- Fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento
II - Requerer:

- a) Todas as providencias necessárias ao desenvolvimento executivo do processo executivo
- b) A instauração dos incidentes de excesso ou desvio na execução
- c) “A aplicação de medida de segurança bem como a substituição da pena por medida de segurança

Conforme cognição do dispositivo legal da lei de execuções, o parquet tem uma função essencial na toada da execução, pois, sempre que ocorrer alguns desvios ou excessos no que tange execução, ele é um dos órgãos competentes para instaurar o incidente de desvio de execução penal, não só o parquet mas também outros órgãos nos moldes do Art. 186 da Lei de execuções penais, não só ele, más também outros órgãos, conforme Magistério de Mirabetti

Podem requerer o incidente de excesso ou desvio o sentenciado (preso, interno, submetido a pena de multa ou restritiva de direito, liberado condicional, etc.) e os órgãos da Execução penal (conselho nacional de política criminal e penitenciária, Departamento penitenciário, patronato e conselho de comunidade). O próprio juízo da execução, como órgão da execução Penal, pode determinar de Ofício a instauração do incidente. (MIRABETTI, ANO 1999, PG 652)

Segundo o Art. 186 da lei de execução Penal

Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio na execução.
I- O ministério público
II- O conselho penitenciário
III- O sentenciado
VI - Qualquer dos demais órgãos da Execução Penal.

Fica superada a hipótese de que só o Ministério público pode fiscalizar e atuar na execução, assim sendo os demais órgãos da Execução também poderá suscitar o incidente e corrigir a falha que ocorrerá na execução penal.

Como pode se notar também do texto de lei, o próprio condenado pode suscitar o incidente de execução penal, pois decorrem de interpretação feita do Art. 41 da Lei de execuções penais que trata dos direitos dos condenados. Uma dessas benesses, é audiência particular com o diretor do estabelecimento penal, onde o interno pode se queixar pessoalmente do que vem ocorrendo em sua execução e assim de plano já tentar resolver o que vem ocorrendo.

Calha notar, que responsabilidade de suma importância está entre os legisladores, ou seja, os representantes do povo que tem a função de legislar e também de atender os anseios sociais, através das criações de leis.

Sabemos que às vezes os legisladores tem interesses próprios e o que acaba acontecendo é a judicialização de certas teses, assim sendo, o judiciário tem a importante função de analisar as demandas sociais, e traçar diretrizes e engessar tais posicionamentos através da jurisprudência, para que se tenha uma força a ser seguida pela população que dela necessita.

7. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS COMO VETOR AO DESVIO NA EXECUÇÃO

Com o passar do tempo e o surgimento do Estado democrático de Direito, a pena tem um controle constitucional, ou seja, a ideia de castigar o indivíduo já está superada, se impõe cada vez mais estrita observância da ordem constitucional e dos limites da sentença, toda pena que cause um constrangimento anormal e desvie de suas finalidades é tida por inconstitucional, ante o nítido constrangimento necessário imposto pelo estado ao paciente, como ensina o ilustre zaffaroni, *in verbis*:

Princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] Toda a consequência jurídica do delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 155.)

Segundo se extrai do ilustre professor, tal princípio setornou um verdadeiro entrave as arbitrariedades do Estado, pois, cai por terra, qualquer sanção absurda que destoa dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na carta política.

O princípio da humanidade das penas é arreigado no art.5º, XLIX da Carta política, reza que deve se ter respeito a integridade física e Moral do preso, é importante baliza no que tange a Execução Penal, pois Impõe um dever do Estado Administração de zelar pela integridade intelectual e física daquele que se encontra segregado temporariamente em virtude de uma sanção penal. Durante muito tempo, como foi demonstrado em alhures, a pena tinha uma única função ou seja Castigar o sujeito, com o surgimento do iluminismo e de uma transformação em nosso ordenamento jurídico Penal, as sanções perderam o caráter de castigo e passaram a buscar a ressocialização do

sujeito, tentando assim, de forma falha infelizmente como é sabido, evitar a reincidência que seria o fracasso da recuperação que a pena visa.

Tal princípio de tamanha envergadura é importante resistência ao desvio na execução, pois prega que mesmo encarcerado não pode o sujeito perder a sua condição humana ou seja, flagrante desvio se tem, quando o condenado faz jus a dias remidos em vista de seu labor ou até mesmo do Estudo e mesmo assim não lhe é concedido, violando flagrantemente a lei de execuções e deturpando assim as finalidades da pena, assim ensina o ilustre, Alexandre Pontielli em artigo Publicado no Conjur, (PONTIELLI, 2009, s/n)

O Estado não pode ser vingativo, deve, sim, resgatar o preso ao convívio social, dentro dos ditames dos Direitos Humanos. Todo tipo de reintegração ou reinserção social do condenado faz parte dos escopos do estado democrático de direito

Assim Sendo, exsurge o ponto nevrálgico de tal princípio pois ele tem força não normativa mas sim de ponderação, pode-se notar que o condenado deve ter preservado sua condição humana, pois o título executivo judicial não lhe tira essa condição que lhe é garantida pelo Próprio Estado Democrático de Direito.

A lei de Execuções penais elenca diversos direitos e deveres dos presos que devem ser observados pelo juízo das execuções e pelo Diretor do Estabelecimento prisional, também pela defensoria e primordialmente o ministério público haja vista que constitucionalmente falando é uma de suas funções de fiscal da Ordem jurídica de atuar tanto na fase de conhecimento como na fase derradeira de execução da pena Privativa de Liberdade, buscando sempre a máxima da ressocialização, combatendo qualquer tipo de gravame que tolha a condição humana de Cada indivíduo que se encontra encarcerada.

Como é Sabido e consabido, hoje o sistema carcerário é o verdadeiro caos ou seja, é uma verdadeira escola de crimes, em que os sujeitos para se manterem vivos e manter a sobrevivência de seus familiares, acaba se envolvendo no mundo do crime, e os constantes desvios que ocorre na execução só agrava ainda mais sua condição, o festejado princípio talvez um dos mais importantes para se livrar das arbitrariedades do cárcere e homenagear a ideia de ressocialização segundo o ilustre doutrinador MIRABBETE

O sentido iminente da reinserção social conforme estabelecido na lei de execução penal, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não so confundindo com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número de e

hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do preso (MIRABBETE, 2006, PG.28)

Assim sendo, o Princípio da humanidade das Penas e a ideia de ressocialização quando arreigada no espírito da execução traz a ideia de respeito ao condenado, ou seja, precisa garantir sua humanidade através de Direitos concebidos pela Própria lei, para que o interno não tenha afastado sua condição humana. Quando de forma absurda se faz da prisão um caos.

8. DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Decisão *sui generis*, foi à proferida no Habeas Corpus nº 126.292 na data de 2016 a qual a corte máxima da justiça Brasileira, reconheceu a legitimidade da prisão em segunda instância, ou seja, quando o acórdão condenatório confirma o entendimento do Juízo a quo, se faz necessário o encarceramento do sujeito, pois assim, a idéia central é acabar com a morosidade da justiça, e, em contra partida, o réu já na condição de Executado aguarda o desenrolar de eventual recurso Especial ou Extraordinário a serem apreciados nas instâncias superiores. Há tempos idos, em 2009 o Supremo de forma tímida já estava delineando a legitimação de tal instituto, haja vista que o manejo dos recursos especiais, como é de sabença de todos, não possui o Efeito suspensivo que pode retardar os efeitos da sentença, nesta toada, legitimando a execução antecipada da pena privativa de liberdade, segundo entendimento em jurisprudência do STF no voto proferido pelo ministro Eros graus, proferido em 2009 (Habeas corpus, 84.078-7 MG, Online)

Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode generalizar o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso diz o argumento porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade inventada, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele consegue evitar a execução. Situações como estas consubstanciarium um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. (GRAU, HC 84.078-7, pg. 17, ano 2009)

Segundo voto do ilustre ministro, a execução antecipada se deita e tem seu nascedouro na procrastinação dos recursos, pois muitos deles querem evitar a execução da pena de forma infundada, homenageando assim a impunidade e fortalecendo as fortes críticas ao poder Judiciário, por tal razão, os tribunais vem criando as chamadas jurisprudência defensiva.

Nessa esteira, se percebe uma gritante violação da constituição Federal, haja vista que em Seu art.5º, LVII, é consagrado o festejado principio da presunção de inocência, ou seja, o Estado só pode alcançar a culpa, quando esgotado todas as vias recursais possíveis no processo Penalpara só assim, aplicar uma sentença condenatória. Pode se notar, que há tempos se discute sobre impunidade e morosidade da justiça ao apreciar os conflitos levados a sua apreciação, assim sendo, como única forma de se evitar e tentar amenizar tal problema, o Próprio Estado democrático de Direito permite que uma inconstitucionalidade seja um meio eficaz de se resolver a lentidão judiciária, locupletando ainda mais os estabelecimentos penais, e permitindo um verdadeiro Estado de coisas inconstitucionais, pois, tal decisão engessa a jurisprudência e permite uma violação em massa de vários Direitos e garantias Fundamentais.

Insta observar, a existência de um Excesso de execução, fazendo-se interpretação literal da palavra excesso, pode se considerar excessivo tudo aquilo que foge do padrão da normalidade, conjugando com o Art. 283 do Código de processo penal, in verbis

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Não é forçoso entender e extrair que o Ordenamento Jurídico só permite prisão antes do trânsito em julgado nas hipóteses de prisão pré-Cautela, ou seja, flagrante, prisão temporária e preventiva, tudo o que foge disso é desejo inconstitucional e mesquinho para atender situações excepcionais. Igualmente, imagine-se que o sujeito aguardando o recurso preso, logra êxito no mesmo, de nada adiantará, pois já sofrerá danos irreparáveis do cárcere, fruto de uma execuçãoantecipada, eis que surge o excesso, pois se prova que o sujeito é inocente e não precisaria estar encarcerado, justifica-se que nada adianta prender ilegalmente pessoas para manter a segurança e a credibilidade judicial

Resta concluir então, que a execução da pena privativa de liberdade de forma antecipada é infelizmente suportada pelo poder judiciárioque hoje por ser sabatinado pelo

Presidente da república tem um condão político, as vezes tais decisões tem cunhos meramente persecutórios e vingativos, desprezando toda doutrinação da lei de execução penal.

9. QUAL A IMPORTÂNCIA DE SE EVITAR UM EVENTUAL DESVIO OU EXCESSO NA EXECUÇÃO

A sociedade espera que o indivíduo após cumprir pena, volte ressocializado, e apto a viver novamente em comunidade no seio social. Toda vez que se permite que o sujeito cumpra menos requisitos para se conseguir tal benefício, ou, quando na execução, sujeito é torturado demais, ante alguns gravames que vão tolhendo paulatinamente sua liberdade, ocorre uma falha na ressocialização.

Sempre que os fiscais da execução não se atenta aos devaneios ocorridos na execução, devolvemos ao seio social um ser incompleto ou seja, quase ressocializado, mais estigmatizado pela tortura do cárcere.

Assim sendo, importante se faz, que os órgãos, a comunidade procure estudar e saber mais o que se passa na execução, todos legitimados devem fiscalizar pois seu mister é garantir sim, um direito coletivo de uma sociedade que se encontra marginalizada e as vezes o indivíduo por não saber de seus direitos, acaba se sujeitando a penas que são desproporcionais a sua realidade.

10. CONCLUSÃO

Pelo que foi explanado, podemos extrair a ideia de que o desvio na execução significa um gravame, atraso um descaminho que ocorre na execução que tanto pode ser benéfico ou maléfico, um ponto em comum entre os dois como podemos observar é que sempre há uma violação seja de um texto de lei, decreto ou regulamento, como já dito em alhures um dos casos mais corriqueiros é a do sujeito que faz jus a certo benefício e mesmo assim esse Direito é tolhido seja por falta de atenção das autoridades ou por arbitrariedade mesmo.

Pode se notar também, que a problemática do Desvio ou excesso, às vezes é criação e tem fomento dos próprios tribunais no tocante ao cumprimento antecipado de uma pena privativa de liberdade, pois, com o passar do tempo vai se permitindo a violação

de alguns Direitos para manter a credibilidade e a rapidez da jurisdição, não se importando o Estado em violar em massa Diversos direitos e garantias que devem ser respeitados, pois encontram agasalho em nossa constituição.

Quando isso ocorre, importante notar que existem órgãos específicos da própria execução ou o próprio Ministério público como custos legis, que intervirão para sanar as ilegalidades ocorridas ou o próprio sentenciado como narra a lei de Execuções Penais.

Por fim importante lembrar que tudo isso reflete na ressocialização do condenado, pois não se ressocializa o que se destrói, ou seja, cada vez que existe um retardado na execução Penal a esperança do condenado vai se perdendo entre as grades, se tornando um caminho tortuoso, e muita das vezes sem volta, por isso, é importante uma participação maciça de toda comunidade jurídica, fiscalizando e criando meios que paulatinamente reduzem os milhares de desvios, que são um retrocesso na busca da tal pragmática ressocialização do condenado.

11. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo tribunal Federal. **RECLAMAÇÃO nº 29.251**. Reclamante: Danilo Alves vieira Silva. Relator: Min. Celso de melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL24951.pdf>. Acesso em: 15/07/20148

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.544.036 - RJ** (2015/0173247-8). Ministro Rogério schiatti. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp1544036_REsp_Repetitivo.pdf. Acesso em: 10/07/2018

BRASIL. Supremo tribunal Federal. **HABEAS CORPUS nº 84.078-7- MG**. Ministro: Eros Graus. Paciente: Omar coelho Vitor. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 10/04/2018

BRASIL. Lei n.7210/84 de 11 de julho de 1984. **Lei de execução penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L7210.htm > acessado em 13 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SUMULA nº 533**. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração

de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=81>

MIRABETI, Júlio F. **Execução penal**: comentário a lei n.7210. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.28

MIRABETI, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 9ª edição, revista e atualizada até 1999, São Paulo, Atlas, 1999

MARCÃO, Renato Marcão. **Execução Penal**. São Paulo. Editora Saraiva. Ano 2012

NUCCI. MANUAL DE PROCESSO PENAL. GUILHERME NUCCI. 10ª edição, revista atualizada e ampliada, 2013)

.PONTIELLI, Alexandre Pontielli. **Progressão da pena pode transformar e reintegrar. Conjur**. São Paulo. Set. 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-set-24/sistema-progressivo-pena-mecanismo-transformacao-reintegracao>.

PRADO, Rodrigo Prado. CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. 14 de fev. 2017. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/desvio-da-execucao-penal/> acesso em 12 de out de 2018

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011