

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

COMENTÁRIOS À LEI DE  
**EXECUÇÃO**  
**PENAL**

1

VOLUME

Coleção

**LEIS ESPECIAIS COMENTADAS**

Coordenação

CAIO PAIVA

**4ª Edição**

2023

  
EDITORA  
**CEI**

*Coleção*  
LEIS ESPECIAIS COMENTADAS

*Coodenação*  
CAIO PAIVA

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

# COMENTÁRIOS À LEI DE EXECUÇÃO PENAL

4ª edição

*Revista, ampliada e com jurisprudência atualizada  
até janeiro de 2023*

**1**  
VOLUME

  
EDITORA  
**CEI**  
2023

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa  
Copyright © 2023 by EDITORA CEI.  
[www.editoracei.com](http://www.editoracei.com)
- Diagramação: Walter Santos
- Data de fechamento: 09.02.23

---

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Comentários a Lei de Execução Penal. 4ª edição.  
Belo Horizonte: CEI, 2023.

ISBN.: 978-65-00-25581-2

---



*À Iza. Ao Francisco. À Maria.*

## NOTA DO COORDENADOR

A coleção *Leis Especiais Comentadas* tem como objetivo oferecer ao leitor uma oportunidade de consolidar o seu conhecimento a respeito das principais leis especiais, servindo tanto a quem presta concursos públicos para carreiras jurídicas quanto a quem, já integrando estas carreiras, pretende se aprimorar ou se atualizar profissionalmente.

A metodologia da coleção envolve não apenas os comentários doutrinários e a sistematização da jurisprudência dos tribunais superiores – e de tribunais internacionais de direitos humanos, quando oportuno –, mas também aplicações práticas do conhecimento apresentado.

Com o conhecimento obtido a partir da leitura dos volumes que compõem a coleção *Leis Especiais Comentadas*, o leitor certamente estará mais capacitado e crítico para enfrentar seus desafios profissionais.

**Caio Paiva**

Defensor Público Federal  
Especialista em Ciências Criminais  
Autor de obras jurídicas

## **NOTA DO AUTOR À 1ª EDIÇÃO**

Agradeço imensamente ao convite da Editora CEI para escrever o singelo trabalho agora publicado, que reúne comentários à Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

Importante dizer que se trata de abordagem completamente distinta do Curso de Penologia e Execução Penal, em coautoria com Massimo Pavarini. Buscou-se aqui a conjugação de comentários objetivos dos dispositivos da lei com a sistematização de jurisprudência atualizada, abrangendo atos normativos infralegais e jurisprudência internacional de direitos humanos, sobre questões que perpassam o cotidiano da atuação junto ao sistema penitenciário e o direito de execução penal, profundamente marcado por um dinamismo jurisprudencial que, muitas vezes aliado à discricionariedade administrativa, acaba por se descolar da legalidade em detrimento de direitos fundamentais.

Por outro lado, o descompasso entre os marcos legais e a caótica realidade prisional também faz com que decisões do Supremo Tribunal Federal e de cortes internacionais de direitos humanos definam parâmetros imprescindíveis para uma postura de redução de danos e limites à política penal do Estado, tratada como política pública sujeita à reserva do possível.

Espera-se que os Comentários à Lei de Execução Penal sejam úteis aos profissionais que atuam na área e a todos aqueles que se preparam para a aprovação em concursos públicos para as carreiras jurídicas pertinentes.

**André Ribeiro Giamberardino**

Santa Felicidade, julho de 2018

## NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

Essa segunda edição dos *Comentários à Lei de Execução Penal* foi atualizada com as modificações das Leis 13.679/2018 (progressão especial de regime) e 13.964/2019 (Lei “Anticrime”), sistematizando, em tabelas, os novos parâmetros estabelecidos – incluindo alterações no Código Penal e outras leis que repercutem na execução da pena – e se posicionando sobre as lacunas abertas.

O texto foi também revisado e ampliado, com a inserção de novos tópicos sobre a aplicação da Súmula Vinculante 56-STF, sobre sistema disciplinar, direitos das pessoas presas, entre outros temas, e atualizado com as novas súmulas e posicionamentos jurisprudenciais.

Diante da baixa densidade e compreensão confusa que se tem do princípio da legalidade na execução penal, a orientação político-criminal dos comentários continua sendo a de reconhecimento crítico do aspecto constitutivo dos espaços de discricionariedade judicial e administrativa-disciplinar, mas com a defesa de sua disputa e limitação constante pela linguagem dos direitos.

Registro o agradecimento à Editora CEI e aos colegas defensoras e defensores públicos de todo o país que atuam na execução penal e que viabilizam a atualização desse texto trazendo a público comentários, críticas, decisões, debates e casos concretos, fazendo-o na pessoa do amigo Júlio Cesar Duailibe Salem Filho, com quem coordeno, nessa data, o Núcleo de Política Criminal e Execução Penal da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Agradeço também a Luis Renan Coletti pelo auxílio imprescindível na pesquisa e acompanhamento dos tópicos mais relevantes da matéria.

**André Ribeiro Giamberardino**

Nova York, abril de 2020

## NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO

Esta terceira edição dos Comentários à Lei de Execução Penal traz ao menos 59 itens atualizados ou incluídos. As atualizações abrangem jurisprudência atualizada até o mês de abril de 2021, em diversos temas, novas súmulas, novas resoluções do Conselho Nacional de Justiça e a atualização do texto da LEP por conta da derrubada dos vetos à Lei 13.964/19 (incluindo análise conjunta com Rodrigo Duque Estrada Roig sobre o requisito subjetivo da progressão de regime).

Dentre as novidades, o texto analisa debates e consequências jurídicas da pandemia do novo Coronavírus na execução penal, tais como a progressão antecipada de regime, a remição ficta e os efeitos da suspensão da fiscalização de penas em regime aberto e penas restritivas de direito.

Entre os comentários recém incluídos destaca-se os temas do direito à literatura no cárcere, direito de frequência a culto religioso no regime semiaberto harmonizado, distinção entre regalias e direitos, controle judicial nos procedimentos administrativo-disciplinares, importante posicionamento contrário à atribuição de natureza administrativa às decisões correccionais das Varas de Corregedoria dos Presídios, *numerus clausus* e sistema socioeducativo, a “cifra oculta” da superlotação carcerária e a ilegalidade da submissão do paciente com medida de segurança de internação ao sistema disciplinar.

**André Ribeiro Giamberardino**

Curitiba, Maio de 2021

## NOTA DO AUTOR À 4ª EDIÇÃO

Esta quarta edição dos Comentários à Lei de Execução Penal traz mais de 45 itens atualizados ou incluídos em relação à edição anterior, do primeiro semestre de 2021. As atualizações abrangem jurisprudência atualizada até o mês de janeiro de 2023, em diversos temas, além de alterações promovidas pela Lei 14.344, de 2022, e novas resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Dentre as novidades, a nova edição inclui item sobre a aplicação do princípio da fraternidade na execução penal e parâmetros gerais sobre o tratamento penitenciário de pessoas indígenas, inclusive à luz da nova Opinião Consultiva OC-29/2022 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também se posiciona criticamente quanto à aplicação do princípio “in dubio pro societate” na execução penal e à possibilidade de controle judicial contra a pessoa presa de decisão favorável em procedimento administrativo disciplinar, além de tratar de temas específicos como o corte compulsório de cabelo da pessoa presa e a unificação de pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos.

Registro o agradecimento ao professor Caio Paiva pela publicação e compartilhamento da excelente coletânea de jurisprudência *Execução Penal na jurisprudência do STF, do STJ e de órgãos e tribunais internacionais de direitos humanos* (Belo Horizonte: Editora CEI, 2022), cujo trabalho presta grande suporte não só à constante atualização deste livro, mas a todas e todos que trabalham e estudam direito de execução penal.

**André R. Giamberardino**

Santa Felicidade, dezembro de 2022

# Comentários à LEI DE EXECUÇÃO PENAL

## TÍTULO I DO OBJETO E DA APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

**Art. 1º** A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

### 1.1 Objetivo da execução penal

A Constituição de 1988 não estabelece explicitamente um escopo ou objetivo para a execução penal. Porém, o intuito de fazer do cumprimento da pena privativa de liberdade um momento de reforma do indivíduo – através de sua reeducação, ressocialização, ou termo análogo – é finalidade declarada da legislação e que vem se manifestar claramente na previsão de um tratamento penitenciário composto por atividades assistenciais e pela constrição ao trabalho.

O debate de natureza político-criminal travado neste ponto diz respeito à possibilidade de não recepção desse escopo – o artigo tem redação de 1984 – pela Constituição de 1988 ou sua inconstitucionalidade, no caso de nova redação, em face do princípio da secularização expresso pela dignidade da pessoa humana.

Nas poucas vezes em que o STF se manifestou sobre o tema, venceu a admissibilidade do escopo de reintegração social: *“A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social”* (STF, HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006). O tema em regra retorna quando se trata de remição de pena: *“Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena*

*do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização” (STF, RHC 136509/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, 2º T., j. 04/04/2017).*

O escopo de reintegração é expresso, ainda, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 10, §5º) e na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (art. 5, §6º).

Dentro de um escopo geral de redução de danos, a finalidade de viabilização da harmônica integração social do condenado cumpre papel importante, como se poderá constatar em diversos momentos no estudo do Direito de Execução Penal. Aceitando-o sob tal ótica, pode-se dizer que ainda que se adote uma concepção “ingênua” sobre o Direito Penal, confiando, assim, nos discursos de legitimação da pena, este artigo vem sendo até o momento relegado por grande parte dos operadores do direito.

## 1.2 Crítica à prática judicial sobre o objetivo da execução penal

É corriqueira a transposição equivocada das finalidades da pena no momento da fixação judicial para o momento da execução. Não raro, por exemplo, verifica-se que benefícios como a progressão de regime e o livramento condicional são negados com base na gravidade do crime cometido. Assim também as interpretações comumente dadas às Súmulas 439/STJ e Súmula Vinculante 26/STF, analisadas adiante, as quais permitem a exigência de exame criminológico mediante decisão fundamentada e de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Ora, tais peculiaridades e fundamentação jamais poderiam se voltar, como lamentavelmente se voltam cotidianamente, para o momento da prática do ato delituoso, de modo que a gravidade do crime cometido, ainda que analisada *in concreto* – no mais das vezes com sofríveis e rasas argumentações –, jamais poderia servir de fundamento para a denegação de qualquer benefício durante a execução da pena.

Ocorre que os crimes mais graves são punidos com penas mais altas. E é justamente no momento da cominação em abstrato e da fixação judicial em concreto da pena que a lei permite a sua exasperação por valorações sobre, por exemplo, a *culpabilidade* ou *os motivos, circunstâncias e consequências do crime*. No momento da execução de tais penas, o único foco deve ser a trajetória do próprio apenado dentro do sistema prisional e a projeção das condições em que se dará seu reingresso em liberdade. Tal nada mais é do que decorrência da própria divergência de finalidades da pena no momento da persecução criminal e no momento da execução. Não é despidendo lembrar que a Lei de Execução Penal foi estatuída

inicialmente pela Lei nº 7.210/84, uma lei, portanto, elaborada conjuntamente à Lei nº. 7.209/84, a qual realizou a reforma da Parte Geral do Código Penal. Ora, o mesmo legislador e comissão científica contribuíram em conjunto para ambas as leis, as quais, entretanto, possuem disposições díspares para as finalidades da pena: a parte geral do Código Penal, em seu artigo 59, permite a adoção das finalidades retributivas e preventivas e, em decorrência das circunstâncias em tal artigo elencadas, bem como da observação de diversos outros artigos do diploma, tem-se claro que a prevenção não se esgota na modalidade especial positiva. Por sua vez, como fixa o art. 1º da LEP, a única finalidade possível no momento da execução é a prevenção especial positiva, de modo que a reprovação do fato já foi dada pela maior pena fixada em concreto. Admitir que as mesmas circunstâncias já utilizadas para exasperar a pena imposta voltem a assombrar o indivíduo que possui comportamento exemplar durante a execução, além de negar e confundir a finalidade da pena na execução penal com a finalidade da pena no momento da fixação judicial, constitui inegável *bis in idem*.

### **1.3 Repercussão da vedação à revisão criminal *pro societate* na execução penal e crítica da aplicação do princípio *in dubio pro societate***

Se não há execução sem título, também não há execução para além do título. Mesmo erros graves da sentença, em benefício do condenado, devem prevalecer em homenagem à coisa julgada soberana que não pode ser alterada, especificamente por inexistir revisão criminal *pro societate*. Também sentenças dúbias ou que contenham disposições contraditórias ou obscuras devem ser sempre interpretadas da forma mais favorável. Cabe à acusação, no âmbito do processo de conhecimento, zelar tempestivamente pela correta aplicação da lei. A ausência de declaração expressa e clara do prejuízo na sentença penal condenatória somente favorece o réu, jamais o prejudica. Apenas a título de exemplo, pode-se mencionar a questão do reconhecimento da reincidência. É bastante claro que o momento para o seu reconhecimento é o da condenação, sendo circunstância agravante genérica, que deve, assim, ser expressamente reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena. Ora, uma vez que tal circunstância não tenha constado em sentença, e ainda nos casos em que era de rigor o seu reconhecimento, não pode o juízo da execução querer reconhecê-la no momento da execução (contra esse entendimento, porém: STF, RHC 176.216/MG, j. 05/02/2021).

Em um sentido mais geral, é criticável a aplicação, na execução penal, do princípio do *in dubio pro societate*, o qual carece não apenas de base legal e

constitucional, mas até mesmo de uma coerente delimitação do ponto de vista semântico. Não há uma oposição imanente entre os objetivos do processo de execução penal previstos no art. 1º e a observância dos direitos fundamentais da pessoa presa. Não há sentido, portanto, em se pressupor que o “interesse da sociedade” corresponde ao contrário de pedidos apresentados ao Juízo pelos custodiados. Por exemplo, no caso de pedidos de transferência (STJ, AgRg no HC 749.508, j. 02/08/2022) ou de progressão de regime, como em situação na qual havia laudo desfavorável (AgRg no HC 705.307/SP, DJe 29/11/2021). São legítimas as decisões que indeferem os pedidos de progressão de regime com base nos próprios requisitos legais constantes da LEP, sendo desnecessário invocar, em prejuízo do demandante, princípios controversos e sem respaldo normativo, como esse.

#### **1.4 Duplicidade de condenações pelo mesmo fato**

Na absurda – mas possível – hipótese de duplicidade de sentenças condenatórias por um mesmo fato, deve ser executada uma única sentença, havendo divergência, porém, sobre qual deve prevalecer: a mais favorável ao réu, com base no princípio do favor-rei, ou a primeira a ter sido proferida, com base no critério temporal e de precedência?

Embora houvesse posição na 6ª Turma do STJ pela primeira corrente, ou seja, pela prevalência da sentença mais favorável, independentemente de qual decisão foi publicada primeiro (HC 281.101/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 03/10/2017), a tendência atual é de formação de maioria pelo critério da precedência. Nesse sentido, há decisões no STF (por exemplo, HC 101.131, Rel. P. acórdão Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 25/10/2011) e no STJ (RHC 69.586/PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Acđ. Min. Rogerio Schietti Cruz, por maioria, j. 27/11/2018, DJe 04/02/2019).

#### **1.5 Princípio da fraternidade e *pro personae* na execução penal**

Com base no preâmbulo e nos art. 1º e 3º da Constituição, é possível invocar o princípio da fraternidade como fundamento jurídico para a proteção da integridade física e emocional de familiares, notadamente para concessão de progressão especial de regime a mulher que preenche os requisitos do art. 112, § 3º, da LEP (STJ, HC 562.452/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/04/2020).

O princípio da fraternidade também serviu como um dos fundamentos para reconhecer o direito ao cômputo “do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou

estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico”, para fins de remição, no período da pandemia do novo Coronavírus (STJ, REsp 1.953.607/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/09/2022).

Sem citar expressamente a fraternidade, mas fundamentando decisão que rejeitou pedido para modular os efeitos da determinação de cômputo em dobro de pena cumprida em condições ilegais de custódia, o STJ também aplicou o princípio geral *pro personae*, ou seja, a interpretação mais favorável possível àquele que tem seus direitos violados, como princípio regente para aplicar sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (STJ, RHC 136.961/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 28/04/2021).

O tema tem grande potencial, destacando-se a defesa do filósofo e jurista Eligio Resta da construção de um direito fraterno não mais fundado na infligência de violência e na dicotomia amigo/inimigo<sup>1</sup>.

**Art. 2º** A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

## 2.1 Natureza jurídica da execução penal

O art. 2º deve ser lido em conjunto com o art. 65 da LEP, na medida em que tratam, respectivamente, da jurisdição e da competência em matéria executiva. Prevalece na doutrina e jurisprudência a posição em prol da natureza mista, híbrida ou complexa (jurisdicional e administrativa) da execução penal, desde a entrada em vigor da LEP em 1984<sup>2</sup>. A posição que visualiza o exercício da função jurisdicional somente no início ou no encerramento da execução da pena, ou em “incidentes”, parece na verdade dar preferência à dimensão administrativa. A concepção híbrida, em outras palavras, pressupõe um processo

<sup>1</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Bari: Laterza, 2002.

<sup>2</sup> Vide o teor das Súmulas 39 e ss. do encontro “Mesas de Processo Penal” realizado no primeiro semestre de 1985; cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

administrativo de execução “dentro” do qual haveriam procedimentos incidentais jurisdicionalizados.

Todavia, no mundo do “dever ser”, o processo não pode ser senão visto como plenamente jurisdicionalizado: executar a pena é atuar o poder-dever de punir do Estado que decorre do acerto do caso penal realizado pelo juiz, na sentença ou acórdão. Tal atuação não consiste, porém, em uma “carta em branco” às autoridades penitenciárias, mas – e este é o ponto – deve/deveria ser inteiramente balizada e limitada pelo conteúdo da condenação.

## 2.2 Jurisdicionalidade da execução vs. flexibilidade do “projeto penitenciário”

De outro lado, a tensão historicamente verificada entre a afirmação da jurisdicionalidade da execução e a flexibilidade e tendência à indeterminação inerente ao “projeto penitenciário” implica e recomenda uma reflexão mais aprofundada em face da noção de coisa julgada, tanto em relação à sentença condenatória como em face das decisões proferidas no curso da execução.

As modificações qualitativas e quantitativas que ocorrem no curso da execução da pena são tradicionalmente relacionadas à cláusula *rebus sic stantibus*, a qual permitiria a alteração do pacto em face de modificações nas circunstâncias de fato<sup>3</sup>. A impropriedade de tal explicação é manifesta pelo fato de que a pena aplicada não é um contrato entre partes a ser “ajustado” ou “reajustado”. Evidentemente, a relação entre condenado e Estado não guarda qualquer paralelo com o que se define como relação contratual. Trata-se de inadequada aplicação de uma figura típica do direito privado à execução penal e que denuncia, assim, grave lacuna teórica.

No art. 2º, fica claro que a LEP é o ato normativo que baliza o exercício do poder jurisdicional em matéria de execução penal, sendo fixado como fonte imediatamente subsidiária o Código de Processo Penal. Há consequências importantes na prevalência do CPP sobre o CPC, por exemplo, no preenchimento de lacunas como a inexistência de prazo e rito para o recurso de agravo em execução previsto no art. 197 da LEP e na abertura de possibilidade de aplicação de dispositivos do CPP que sejam pertinentes, sobretudo quanto à prova, na apuração de faltas disciplinares, e quanto a eventual necessidade de retificação

---

<sup>3</sup> No Brasil, nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). *Execução Penal*, op.cit., p. 91 e ss. E também: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

da identidade da pessoa que se encontra presa (*“Art. 259: A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes”*).

Interessante notar a ausência de menção ao Código Penal, embora tenham sido inseridos nele, na Reforma da Parte Geral de 1984, diversas regras concernentes à execução penal, especialmente quanto ao livramento condicional. Seria benéfico que apenas a LEP tratasse desses assuntos, sendo tais artigos retirados do Código Penal.

### **2.3 Aplicação da LEP aos presos provisórios**

No que tange aos presos provisórios, a LEP é aplicável no que for cabível. Não havendo nenhuma condenação, ainda assim a pessoa presa deve respeitar os deveres e ter respeitados os direitos previstos na lei, podendo trabalhar e estudar. Ela pode inclusive vir a sofrer sanções administrativas caso pratique falta disciplinar. Contudo, é inadmissível projetar consequências para o futuro processo judicial de execução (por exemplo, a perda de dias remidos ou a interrupção da data-base), esgotando-se eventuais sanções no aspecto meramente administrativo.

Entende-se por preso provisório a pessoa mantida em custódia por força de prisão cautelar (preventiva ou temporária), não se podendo confundir tal situação com aquela referente à execução provisória da pena do réu preso preventivamente que vem a ser condenado em primeiro grau e recorre da sentença. Havendo a expedição de guia de recolhimento provisória, não há lógica alguma em subsistir a prisão cautelar, sendo o próprio mandado de prisão transferido ao juízo de execução penal. Por isso mesmo, será possível a progressão de regime e eventual acesso a outros direitos da execução. Sobre o tema da execução provisória da pena *pro reo*, v. comentários ao art. 105 e seguintes.