



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000007324

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0020229-18.2024.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RODRIGO ODILON ROSA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheu-se a matéria preliminar para declarar a nulidade do procedimento administrativo disciplinar nº 454/2023, desde a oitiva das testemunhas, devendo ser os atos da sindicância refeitos na presença do defensor constituído do agravante, prejudicada a análise do mérito do recurso. Comunique-se para as providências cabíveis. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

MARIA CECÍLIA LEONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 187

Agravo em execução nº 0020229-18.2024.8.26.0041 – São Paulo

Agravante: Rodrigo Odilon Rosa

Agravado: Ministério Público

EXECUÇÃO PENAL. Falta grave. Ameaças, princípio de motim, tumulto generalizado, subversão da ordem e da disciplina e liderança negativa junto à população carcerária. Preliminares de nulidade do procedimento administrativo disciplinar, aos argumentos de ausência do advogado constituído na oitiva das testemunhas e de extrapolação do prazo para a conclusão da sindicância. Parcial acolhimento. Excesso de prazo para o término do procedimento disciplinar que constitui mera irregularidade administrativa. Ademais, demora justificada, diante da complexidade do feito e da quantidade de presos envolvidos na falta disciplinar. Por outro lado, citação do sentenciado, com indicação de advogado constituído, que somente ocorreu após a oitiva dos agentes de segurança penitenciária, o que caracteriza cerceamento de defesa, não bastando que o ato tenha sido acompanhado por advogado da FUNAP. Flagrante desrespeito ao direito do agravante de que o seu advogado acompanhasse todos os atos da sindicância para exercer a sua plena defesa. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nulidade reconhecida. Preliminar acolhida para anular o procedimento administrativo disciplinar desde a oitiva das testemunhas, devendo os atos serem refeitos com a presença do defensor constituído, prejudicado o exame do mérito do recurso.

Trata-se de agravo interposto por **RODRIGO ODILON ROSA** de decisão que, reconhecendo a falta grave que lhe foi imputada em 07 de dezembro de 2023, declarou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos anteriormente à data da infração, bem como determinou o reinício da contagem do prazo para a progressão de regime (fls. 09/11).

O recurso foi processado, com apresentação de contraminuta do representante do *Parquet* (fls. 321/322), a decisão foi mantida (fl. 323) e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo improvimento

da irresignação (fls. 338/343).

A defesa técnica do agravante manifestou **oposição ao julgamento virtual**, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, com redação dada pela Resolução nº 772/2017, ambas do C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 332/333).

Na sessão de julgamento de 10 de dezembro de 2024, após sustentação oral da Exma. Advogada Dra. Fabiana Mendes dos Santos e uso da palavra pela Exma. Procuradora de Justiça Dra. Carla Maria Altavista Mapelli, o processo foi retirado de pauta para análise por esta Relatora e, com a anuência das partes, o julgamento do feito ocorreu na modalidade virtual.

É o relatório.

O sentenciado, no cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, teve contra si instaurado procedimento disciplinar para apuração de falta grave, consistente em ameaças, princípio de motim e tumulto generalizado, movimento de subversão da ordem e da disciplina e liderança negativa, cometida no dia 07 de dezembro de 2023.

O agravo volta-se contra a decisão que, reconhecendo a prática de falta grave, declarou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos anteriormente à data da infração, bem como determinou o reinício da contagem do prazo para a progressão de regime (fls. 09/11).

A Defesa argui preliminarmente a nulidade do procedimento administrativo disciplinar, em razão da ausência do advogado constituído nas oitivas das testemunhas e da extrapolação do prazo previsto na Resolução SAP nº 144/2010 para a conclusão da sindicância. No mérito, requer a absolvição da falta grave, por atipicidade da conduta ou por insuficiência de provas, alegando, ainda, a não individualização da conduta do sentenciado (fls. 01/08).

Inicialmente, afasta-se a preliminar relativa ao excesso de prazo para a conclusão do procedimento disciplinar, tendo em vista que a inobservância do prazo de 30 dias previsto no artigo 62 da Resolução SAP nº 144/2010 caracteriza mera irregularidade administrativa, sem

desdobramentos na esfera judicial, até mesmo porque não se comprovou qualquer prejuízo à defesa.

Por não se tratar de prazo de caráter peremptório, é possível a sua prorrogação em casos de maior complexidade e com a participação de grande número de sentenciados, como no caso dos autos, que envolveu dezoito presos em atos subversivos da ordem e da disciplina na unidade prisional, sendo que todos foram ouvidos na presença de seus defensores constituídos ou dativos e com apresentação posterior de defesa técnica escrita, o que demandou mais tempo para a conclusão da sindicância.

De outra parte, há de se acolher a preliminar de nulidade suscitada pelo combativo Defensor quanto ao procedimento disciplinar, por cerceamento de defesa, eis que não lhe foi oportunizado o acompanhamento das oitivas das testemunhas durante a sindicância.

É certo que, segundo informações fornecidas por e-mail pelo Setor de Sindicância, em resposta a questionamentos das Defesas dos sentenciados, as oitivas dos servidores foram colhidas com acompanhamento de advogado da FUNAP e que ***“na data em que essas oitivas ocorreram, nenhum advogado estava habilitado na sindicância, ou seja, as oitivas ocorreram dentro da legalidade, sem cerceamento de defesa”*** (fl. 53).

Contudo, segundo os documentos juntados aos autos, verifico que somente após a colheita das declarações dos agentes penitenciários, em 08 de dezembro de 2023, é que houve a citação do agravante, oportunidade em que ele informou possuir advogado constituído (12 de dezembro de 2023, fl. 143), de modo que restou configurada a violação ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

A despeito da apuração de falta disciplinar ser realizado por meio de procedimento administrativo, sem observância estrita às formalidades previstas em lei, é garantido ao sentenciado a constituição de profissional tecnicamente habilitado de sua escolha para exercer a sua defesa, o que não ocorreu no caso em tela, não bastando que a oitiva das

testemunhas tenha sido acompanhado por advogado da FUNAP.

Sobre o tema, há julgados desta E. Corte de Justiça:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO. Falta grave. Recurso defensivo. Decisão que reconheceu a falta disciplinar de natureza grave e determinou a regressão do agravante ao regime fechado. Nulidade do procedimento administrativo. Reeducando ouvido na presença de advogado da Funap, a despeito do prévio conhecimento da autoridade apuradora de que possuía advogada constituída. Desrespeito ao direito do sentenciado de escolher profissional habilitado para sua defesa, em afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Procedimento que deve ser anulado desde a oitiva do agravante. Nulidade reconhecida. Recurso provido” (TJSP; Agravo de Execução Penal 0004764-54.2023.8.26.0509; Relator Des. Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Araçatuba/DEECRIM UR2 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ; Data do Julgamento: 30/10/2023; Data de Registro: 30/10/2023).

“Agravo em execução – Falta disciplinar de natureza grave – Preliminar de nulidade da r. decisão pela ausência do defensor constituído pelo agravante durante os depoimentos das testemunhas – No mérito, pretendida a absolvição por fragilidade probatória ou pela atipicidade da conduta em decorrência da vedação às sanções coletivas e, subsidiariamente, a desclassificação para falta leve ou média e a redução da perda dos dias remidos a um dia – Procedimento administrativo em que as testemunhas foram ouvidas sem a presença do defensor previamente constituído pelo agravante – Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa – Nulo e de nenhum efeito é o procedimento administrativo disciplinar, visando à imposição de punição pelo cometimento de falta grave, no qual se sonegam ao presidiário-sindicado garantias constitucionais, tais como as do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incs. LIV e LV, CF), bem como se deixa de aplicar normas expressas, a respeito, previstas na Lei de Execução Penal (art. 59) e no Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Penais do Estado de São Paulo (art. 55 e §§ 1º e 2º), ao se levar a efeito a inquirição das testemunhas sem a presença de advogado. Precedentes do STF e STJ. Preliminar acolhida, prejudicado o exame do mérito” (TJSP; Agravo de Execução Penal 0003009-63.2021.8.26.0509; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Araçatuba/DEECRIM UR2 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ; Data do Julgamento: 26/05/2022; Data de Registro: 26/05/2022).

Ademais, cumpre destacar que a decisão judicial de fls. 09/11 está igualmente eivada de nulidade, eis que se omitiu quanto à regressão definitiva do sentenciado ao regime fechado, cujo regime intermediário foi sustado cautelarmente durante a apuração da presente falta disciplinar, tendo se equivocado o douto magistrado ao anotar que o agravante já se encontrava no regime mais gravoso.

Em se tratando de regressão definitiva do sentenciado ao regime fechado, seria imperativa a oitiva em Juízo do sentenciado, consoante determina expressamente o artigo 118, § 2º, da Lei nº 7.210/84, o que implicaria a nulidade da decisão de primeiro grau nesse ponto.

A propósito do tema, já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal que **“a oitiva prévia disposta no art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal somente é indispensável na hipótese de regressão definitiva”** (STF, RHC nº 116.467; Órgão julgador: Segunda Turma; Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 19/11/2013; Publicação: 03/12/2013)

No mesmo sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: **“Nos termos do art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, é imprescindível, para a regressão definitiva de regime carcerário, a prévia oitiva do apenado em juízo, sob pena de nulidade. Precedentes.”** (HC nº 407.808/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 13/10/2017).

Por derradeiro, cumpre destacar que, em sede de sustentação oral na sessão de julgamento de 10 de dezembro de 2024, a combativa defesa inovou, alegando que as preliminares suscitadas em razões de agravo, na verdade, não causaram prejuízo ao sentenciado, devendo, assim, ser analisado o mérito da *quaestio*, com a sua absolvição. Contudo, respeitado o seu posicionamento, entendo que a análise do mérito está prejudicada, em razão do acolhimento de preliminar de nulidade quanto à sindicância, até mesmo por se tratar de questão de ordem pública.

Ante o exposto, acolho a matéria preliminar para declarar a nulidade do procedimento administrativo disciplinar nº 454/2023, desde a oitiva das testemunhas, devendo ser os atos da sindicância refeitos na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

presença do defensor constituído do agravante, prejudicada a análise do mérito do recurso. Comunique-se para as providências cabíveis.

MARIA CECÍLIA LEONE
Relatora
(assinado eletronicamente)