



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000292505

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0007166-74.2024.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante EMERSON MARINHO DO NASCIMENTO, 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: **conheceram do recurso e acolheram a preliminar arguida pela defesa para declarar a nulidade da r. decisão que homologou o procedimento administrativo disciplinar, devendo a falta grave ser excluída do prontuário do agravante até que outra decisão seja proferida, com observância do disposto no artigo 118, §2º, da Lei de Execução Penal, restando prejudicada a análise do mérito recursal. Mantida, contudo, a sustação cautelar do regime semiaberto, por 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, 26 de março de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9814

16ª Câmara de Direito Criminal

Agravo de Execução Penal nº 0007166-74.2024.8.26.0509

Agravante: EMERSON MARINHO DO NASCIMENTO

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito do DEECRIM da 2ª RAJ – Comarca de Araçatuba

**DIREITO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO.
FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE.
NULIDADE DA DECISÃO.**

I. CASO EM EXAME

1. Recurso de agravo em execução interposto pela defesa, contra a r. decisão que reconheceu a prática de falta disciplinar grave, impondo ao sentenciado a perda de 1/3 dos dias remidos e a regressão ao regime fechado. A defesa postula pela nulidade da r. decisão que determinou a regressão de regime sem prévia oitiva judicial do agravante. No mérito, requer absolvição quanto à imputação de falta grave.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em averiguar a necessidade de oitiva judicial do sentenciado antes da regressão definitiva de regime, conforme exigido pelo artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. A oitiva prévia do sentenciado pelo juízo das execuções criminais é imperativa para assegurar a ampla defesa, sendo a sua ausência causa de nulidade da decisão.

3.2. Precedentes do STF e STJ confirmam a necessidade de oitiva judicial em casos de regressão definitiva de regime.

IV. DISPOSITIVO E TESE

4. Recurso conhecido e provido para declarar a nulidade da decisão que homologou a falta grave, devendo a mesma ser excluída do prontuário do agravante até nova decisão com observância do artigo 118, § 2º, da LEP.

Tese de julgamento: A oitiva judicial do sentenciado é obrigatória em casos de regressão definitiva de regime, em razão do cometimento de falta grave, e sua ausência é causa de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

Legislação Citada: Lei de Execução Penal, art. 50, inciso VI, art. 39, incisos II e V, art. 118, § 2º.

Jurisprudência Citada: STF, HC 137997, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 23.05.2017; STF, RHC 116467, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 19.11.2013; STJ, AgRg no RHC 174.712/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 06.03.2023.

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto pelo agravante **EMERSON MARINHO DO NASCIMENTO**, contra a r. decisão proferida pelo **MM. Juiz de Direito Henrique de Castilho Jacinto, do Juízo de Direito do DEECRIM da 2ª RAJ – Comarca de Araçatuba**, que homologou procedimento administrativo disciplinar instaurado para apuração da prática de falta de natureza grave que, ao final, impôs a perda de 1/3 dos dias remidos, bem como a regressão do sentenciado ao regime fechado, anotando-se a data da falta como marco inicial para aferição de possíveis progressões (fls. 94/96 destes autos ou fls. 962/964 da execução n. 0012479-72.2018.8.26.0041 – autos originais).

A defesa pugna pela nulidade da r. decisão por cerceamento de defesa, tendo em vista a ausência de oitiva judicial do agravante, nos termos do artigo 118, §2º, da LEP, com seu imediato retorno ao regime semiaberto. No mérito, postula absolvição por atipicidade da conduta e por ausência de provas. Sustenta que na conduta perpetrada pelo sentenciado não se amolda a nenhuma das hipóteses do artigo 50 da LEP. Por outro lado, aduz não ter sido comprovado que o sentenciado tenha desobedecido ordem dos agentes penitenciários ou que os tenha desrespeitado. Subsidiariamente, requer a desclassificação para falta média prevista no artigo 45, I, do Regimento Interno das Unidades Prisionais, consistente em *“atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade frente às autoridades, funcionários e sentenciados”* (fls. 01/19).

A r. decisão foi mantida em sede de juízo de retratação (fls. 105), tendo sido apresentada a contraminuta pelo Ministério Público (fls. 100/104). Em parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar e, no

mérito, pelo improvimento do recurso (fls. 116/123).

Eis, em síntese, o relatório.

I - Da admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a decisão é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido na decisão impugnada.

II – Do recurso interposto pela defesa

II.1 - Dos fatos

Em desfavor do agravante, recolhido no Centro de Progressão Penitenciária de Tremembé, pesa a imputação da prática de falta disciplinar de natureza grave, consistente em desobediência e desrespeito aos servidores. De acordo com o comunicado de eventos n. 0327/2023, no dia 18 de agosto de 2023, às 10h00min, os agentes penitenciários receberam uma denúncia anônima envolvendo o ora agravante, habitante do pavilhão 15, sentenciado que consta em lista de liderança negativa da unidade e atende pelo vulgo “Irmão Comunidade”. Segundo a denúncia anônima, o ora agravante estaria coagindo outro detento do pavilhão 15, cujo nome não foi apontado, para que fizesse transferências via pix para uma pessoa chamada Letícia Kisch Veras, sua visitante cadastrada na unidade prisional. Em razão da denúncia o ora agravante foi chamado para conversar com os agentes. Indagado sobre a veracidade das informações, consta que o agravante passou a adotar atitude completamente agressiva e descontrolada, dizendo aos servidores: “*aqui é o primeiro*

comando da capital, não tenho medo de ir para o fechado, isso é consequência do caminho que escolhi e tenho envolvimento com o tráfico internacional da Colômbia, não faço negócio de 20 mil reais, só faço negócios de milhões”. Informado de que seria encaminhado ao setor disciplinar, o sentenciado passou a gritar com os funcionários em tom de ameaça, pois não queria ser algemado. Em razão do ocorrido, o sentenciado foi encaminhado para o setor disciplinar para as providências cabíveis (fls. 879 dos autos originais).

Com a lavratura da Portaria nº 938/2023, deu-se início ao procedimento administrativo (fls. 888 dos autos originais). O sentenciado foi citado e indicou possuir advogado (fls. 887 dos autos originais). Na data de 06 de setembro de 2023 realizou-se audiência para oitiva das testemunhas indicadas pela Administração Penitenciária (fls. 891/892 dos autos originais). Na data de 06 de maio de 2024 realizou-se audiência para oitiva do sentenciado, o qual foi acompanhado por defensor da FUNAP (fls. 907 dos autos originais). Apresentadas as alegações finais pela defesa (fls. 909/914 dos autos originais), foi elaborado o relatório no qual se propôs a aplicação de falta disciplinar de natureza grave tipificada no artigo 50, inciso VI, c.c. artigo 39, inciso II, ambos da LEP¹ (fls. 915/917 dos autos originais). O pleito foi acolhido pelo Diretor do estabelecimento prisional que lhe impôs a pena de suspensão ou restrição de direitos e 30 dias de isolamento em local adequado, fixando o prazo de 12 meses para reabilitação da falta disciplinar (fls. 918 dos autos originais).

Após manifestação das partes, o i. Magistrado, reconhecendo a falta disciplinar de natureza grave cometida, determinou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos e **regrediu o sentenciado ao regime fechado de prisão**, iniciando-se novo período a partir da data da última infração julgada (fls. 94/96 destes autos ou fls. 962/964 dos autos originais).

¹ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; (...).

III – Da questão preliminar - Da ausência da oitiva judicial do agravante

No caso em exame, o sentenciado, após ser ouvido apenas em sede administrativa, foi regredido em definitivo ao regime prisional fechado em razão da prática de falta grave.

A oitiva prévia do sentenciado pelo juízo das execuções criminais nos casos de regressão definitiva de regime, contudo, é imperativo legal (artigo 118 da Lei de Execução Penal). Trata-se de exigência que busca assegurar a garantia da ampla defesa, em sua vertente de autodefesa, possibilitando-se que o sentenciado exponha, pessoalmente, a sua versão sobre os fatos. A não realização do ato mutila o exercício pleno da garantia, dispensando a comprovação do prejuízo, porquanto implícito. Nesse sentido, já se decidiu:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. MÉRITO. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL REALIZADO SEM OITIVA DO PACIENTE EM JUÍZO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I – Conforme entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não configura óbice ao conhecimento do writ o fato de a sua impetração ser manejada em substituição a recurso extraordinário. II – O laudo toxicológico, cujo resultado foi positivo para cocaína e para maconha, afasta a alegação de inexistência de materialidade da falta grave. III – Não é o caso de concessão ex officio da ordem, uma vez que se aplica ao caso a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que **“a oitiva prévia disposta no art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal somente é indispensável na hipótese de regressão definitiva”** (RHC 116467/SP, Rel. Min. Teori Zavascki). IV – Habeas corpus denegado. (STF - HC 137997 - Órgão julgador: Segunda Turma; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 23/05/2017; Publicação: 06/06/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 118, § 2º, DA LEP. DESNECESSIDADE DE OITIVA PRÉVIA DO APENADO. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a fuga do condenado justifica a

regressão cautelar do regime prisional, sendo que **a oitiva prévia disposta no art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal somente é indispensável na hipótese de regressão definitiva. Precedentes. 2. Recurso improvido.**

(STF - RHC 116467; Órgão julgador: Segunda Turma; Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI; Julgamento: 19/11/2013; Publicação: 03/12/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INFRAÇÃO DISCIPLINAR GRAVE. PRIMAZIA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OITIVA JUDICIAL NECESSÁRIA APENAS EM FACE DE REGRESSÃO DEFINITIVA DE REGIME. ANÁLISE DAS PROVAS PARA AFASTAMENTO DA FALTA. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos a jurisprudência consolidada desta Corte Superior, em caso de prática de fato definido como crime doloso ou falta grave, consoante exegese do art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, é necessária a prévia oitiva judicial do apenado antes que se proceda à regressão de regime.

2. Referida audiência é dispensada tão somente quando se trata de regressão temporária de regime, visto que "[a] jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é sólida em reconhecer a legalidade da regressão cautelar de regime prisional sem a audiência do apenado, sendo este procedimento exigido somente quando da regressão definitiva" (AgRg no HC n. 736.226/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 15/8/2022). Precedentes também do Supremo Tribunal Federal.

3. É forçoso esclarecer, ainda, que tal procedimento não se confunde com a audiência de justificação realizada para a apuração da infração disciplinar grave, de modo a esclarecer o contorno fático da falta, a qual, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena" (AgRg no REsp n. 1.856.867/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 1º/10/2020).

4. Na hipótese, não foi determinada a regressão definitiva, mas sim cautelar do sentenciado, o que, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não ofende o teor do Enunciado Sumular n. 533, porquanto foi determinada a instauração do respectivo procedimento administrativo disciplinar antes que se proceda à regressão definitiva.

5. Ademais, a Corte local foi categórica ao ressaltar o descumprimento das condições impostas, "mormente descumprimento do horário de recolhimento em sua residência". Assim, desconstituir o julgado de origem - no sentido de que não houve análise das provas antes da imposição da penalidade - demandaria dilação probatória, providência vedada no exame do habeas corpus.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC n. 174.712/MS, relator Ministro Rogerio Schietti

Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FALTA GRAVE. APURAÇÃO MEDIANTE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE OITIVA JUDICIAL DO SENTENCIADO. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 118, § 2º DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. Este Tribunal possui orientação no sentido ser "desnecessária a realização de audiência de justificação para homologação de falta grave, se ocorreu a apuração da falta disciplinar em regular procedimento administrativo, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, inclusive com a participação da defesa técnica" (HC 333.233/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 6/11/2015). 3. **No entanto, quando o reconhecimento da falta grave acarreta a regressão definitiva do regime prisional, o § 2º do art. 118 da LEP exige a oitiva prévia do apenado pelo Juízo das execuções, o que não ocorreu na hipótese dos autos, configurando, assim, o apontado constrangimento ilegal. Precedentes.** 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar afastar o reconhecimento da falta grave, determinando-se a realização de audiência de justificação (art. 118, § 2º da LEP). (STJ-HC 478.649/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. REGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. NULIDADE. (...) 2. **É necessária a prévia oitiva do condenado, como determina o § 2º do art. 118 da Lei n. 7.210/1984, visto que tal exigência é obrigatória na regressão definitiva ao regime mais severo, sob pena de contrariar a finalidade da medida.** (STJ-HC 327.458/AC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 15/10/2015).

Nesse sentido também são os julgados desta Colenda Câmara:

Agravo em execução. Falta grave. Insurgência defensiva. Decisão de reconhecimento de falta disciplinar, consistente em abandono de pena, com regressão de regime prisional. **Ausência de oitiva judicial da reeducanda, já recapturada, medida imprescindível no caso de**

regressão de regime. Inteligência do art. 118, § 2º, da LEP. Nulidade reconhecida de ofício. Agravo provido para anular a decisão.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0001469-53.2020.8.26.0496; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 13/05/2020; Data de Registro: 13/05/2020).

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. Anotação de falta disciplinar de natureza grave. Recurso defensivo. Regressão de regime. Prévvia oitiva do condenado. Necessidade. Nulidade reconhecida ex-officio. Violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Artigo 118, §2º, da Lei nº 7.210/1984. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça. DECISÃO DECLARADA NULA EX-OFFICIO. PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO RECURSAL.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0001039-04.2020.8.26.0496; Relator (a): Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 13/04/2020; Data de Registro: 13/04/2020).

FALTA GRAVE – Abandono do cumprimento da pena, após saída temporária autorizada – art. 50, II, da LEP – Falta grave reconhecida - Detento que cumpria pena no regime semiaberto e foi regredido – Necessidade de cumprimento do disposto no art. 118, §2º, da LEP – Imprescindível oitiva judicial do detento - Recurso provido para, de ofício, declarar nula a decisão judicial - (voto 41165).

(TJSP; Agravo de Execução Penal 7004579-17.2019.8.26.0482; Relator (a): Newton Neves; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 2ª. Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 12/12/2019; Data de Registro: 12/12/2019)

De tal sorte, verifica-se que a decisão agravada está em desacordo com preceituado pelo art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, causa de sua nulidade.

Apesar do reconhecimento da nulidade da r. decisão recorrida, não deverá o sentenciado retornar imediatamente regime semiaberto como pretende a defesa, pois subsistem os efeitos da decisão que determinou a regressão cautelar de regime (fls. 786 dos autos originais).

IV- Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e acolho a preliminar arguida pela defesa para declarar a nulidade da r. decisão que homologou o procedimento administrativo disciplinar, devendo a falta grave ser excluída do prontuário do agravante até que outra decisão seja proferida, com observância do disposto no artigo 118, §2º, da Lei de Execução Penal, restando prejudicada a análise do mérito recursal. Mantida, contudo, a sustação cautelar do regime semiaberto.**

MARCOS ZILLI

Relator