



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000339489

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0023674-44.2024.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HENRIQUE BARBOZA SANTOS, 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: **Deram provimento ao recurso. 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), RENATA WILLIAM RACHED CATELLI E LEME GARCIA.

São Paulo, 5 de abril de 2025.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravo em Execução nº 0023674-44.2024.8.26.0041

Comarca: São Paulo

Agravante: Henrique Barboza Santos

Agravado: Ministério Público

VOTO Nº. 34.393

Agravo em execução. Falta grave. Descumprimento das condições do regime aberto. Insurgência defensiva. Alegada nulidade por cerceamento de defesa. Advogado constituído que não participou da oitiva do reeducando. Verificação simultânea de duas irregularidades. Reeducando que deveria ter sido ouvido pelo magistrado, com possibilidade de participação do advogado constituído. Ofensa à ampla defesa e ao art. 118, § 2º, da LEP. Hipótese de regressão do agravante ao regime fechado. Jurisdicionalidade da execução penal, não sendo possível delegar ao diretor da unidade prisional a função de ouvir o reeducando antes de eventual regressão. Nulidade reconhecida. Agravo provido para anular a decisão.

Trata-se de agravo em execução interposto por HENRIQUE BARBOZA SANTOS contra a decisão de fls. 40/42, proferida em 18/10/2024, pela MM. Juíza de Direito, Dra. Tamara Priscila Tocci, do DEECRIM de São Paulo, que reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo reeducando, consistente em descumprimento das condições do regime aberto, determinando sua regressão ao regime fechado e o perdimento de 1/3 dos dias remidos.

Irresignada, a defesa do reeducando interpôs o presente agravo alegando, preliminarmente, a nulidade do procedimento disciplinar por não ter sido permitida a

participação do advogado constituído na oitiva do sentenciado. No mérito, alega possuir justificativa idônea para não ter sido localizado no endereço fornecido nos autos, pois acompanhava o tratamento médico de seu avô, em outro município. Subsidiariamente, requer a aplicação da sanção de advertência ou a regressão ao regime semiaberto (fls. 01/09).

O Ministério Público apresentou contraminuta ao agravo defensivo (fls. 48/51) e d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento ao reclamo (fls. 66/70).

É o relatório.

A preliminar de cerceamento de defesa aventada pelo agravante deve ser acolhida simultaneamente ao reconhecimento da nulidade por ofensa ao art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal.

O causídico, devidamente constituído nos autos do processo de execução, comprovou que, em 17/07/2024, encaminhou *e-mail* à unidade prisional questionando a data na qual HENRIQUE prestaria declarações sobre a falta grave que lhe é imputada. Leia-se trecho extraído de fl. 667 dos autos de origem:

Prezados, bom dia

Sirvo-me do presente para solicitar informações acerca da oitiva do Reeducando Henrique Barboza Santos- Matrícula 980-714, Raio 8, Cella 8, conforme decisão proferida nos autos do processo nº 0000050-18.2015.8.26.0158.

Para quando foi marcado ? eu como advogado do reeducando posso participar do ato ?

Certo da atenção dispensada, um ótimo feriado.

Felipe F. Rebeschini
Advogado- OAB/SP 460.306

Todavia, em 06/09/2024, o reeducando foi ouvido perante um agente de segurança penitenciária, sendo assistido por advogado da FUNAP (fls. 685/686).

Verifica-se duas irregularidades: em primeiro lugar, era de rigor fosse concedido ao advogado constituído a oportunidade de participar do ato; em segundo lugar, a oitiva do reeducando deveria ter sido realizada pelo magistrado *a quo*, posto implicar em regressão de regime prisional.

O art. 118 da Lei de Execução Penal é categórico ao disciplinar, em seu § 2º, que na regressão pelo cometimento de falta grave *“deverá ser ouvido previamente o condenado”*.

Um dos princípios basilares regentes da Execução Penal é da *jurisdicionalidade*, segundo o qual toda e qualquer decisão é de competência judicial, ficando restrita à apreciação por juiz togado, cabendo à Administração tão somente sua execução.

Pensar o contrário é admitir verdadeira inversão de competências, desrespeitando, inclusive, a divisão dos poderes. Nesse sentido, vimos entendendo:

Natureza Jurídica da execução penal: cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto. O ponto de encontro entre as atividades judicial e administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrativos pelo Executivo e sob sua responsabilidade.¹

Com efeito, sendo o procedimento de cunho jurisdicional, fundamental pautar-se no contraditório e na ampla defesa, visto que sua decisão implicará possível regressão de regime, restando imprescindível a prévia oitiva do réu, pelo juiz, respeitadas a autodefesa e a defesa técnica, antes da imposição de eventual gravame. Aqui, novamente, temos entendido:

¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, Forense, p. 156.

Ampla defesa: quando praticar fato definido como crime doloso ou quando deixar de cumprir as condições impostas pelo juiz, bem como deixar de pagar a multa, antes de haver a regressão, o condenado precisa ser ouvido pelo magistrado. Cremos que o exercício da ampla defesa é fundamental, tanto da autodefesa quanto a defesa técnica. Pode ele apresentar justificativa razoável para o evento. E se o fizer, o juiz pode mantê-lo no regime aberto, embora advertido a não repetir o equívoco.²

Na mesma esteira, oportuno colacionar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, amoldável ao presente caso apenas para demonstrar a relevância da ampla defesa na apuração de falta grave, nos casos de regressão definitiva de regime prisional, *in verbis*:

**EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO
PRÓPRIO.**

**INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FALTA
GRAVE. APURAÇÃO MEDIANTE
REGULAR PROCEDIMENTO**

² NUCCI, Guilherme de Souza, obra citada, p. 302.

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.

1. O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, não mais admite a utilização do habeas corpus como substituto do recurso próprio. Verificada, entretanto, ilegalidade flagrante, caso em que a ordem pode ser concedida de ofício, como forma de cessar o constrangimento ilegal.

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, 5ª T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/02/2019)

De tal sorte, verifica-se que a decisão agravada está em desacordo com preceituado pelo art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, porquanto determinou a regressão do sentenciado ao regime prisional fechado sem, antes, realizar a oitiva de justificação do agravante.

Em suma, o agravante jamais teve a oportunidade de prestar esclarecimentos em juízo, ou seja, o magistrado *a quo* reconheceu a prática de falta grave, decretou a perda dos dias remidos e regrediu o sentenciado, sem nunca o

ter ouvido, ensejando nulidade absoluta da decisão proferida.

Desse modo, por tais motivos, outra solução não resta senão a declaração de nulidade da decisão guerreada.

Por fim, ante as peculiaridades do caso concreto, considerando que HENRIQUE possui histórico de fuga do sistema prisional, embora anulada a decisão guerreada, mantenho, cautelarmente, sua regressão ao regime fechado, até a prolação de nova decisão nos autos da execução.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao presente agravo para anular a decisão atacada, devendo a falta disciplinar ser excluída do prontuário do agravante até que outra decisão seja proferida após a prévia oitiva judicial do reeducando, nos termos do art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, concedendo-se oportunidade de participação do advogado constituído, mantendo-se a regressão cautelar ao regime fechado.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Relator