



**BLOQUE DE DEFENSORES PÚBLICOS OFICIAIS DEL MERCOSUL**

**Nº 6**  
Outubro/2016





Elaborado pela Defensoria Pública da União

nº 6  
Outubro/2016  
Brasília, DF

|                                                   |          |    |      |          |            |
|---------------------------------------------------|----------|----|------|----------|------------|
| Bloco de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul | Brasília | DF | n. 6 | p. 1-213 | out/2016 . |
|---------------------------------------------------|----------|----|------|----------|------------|



## ÍNDICE

### Argentina

---

Necesário respeito das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em particular no que concerne à pena de prisão perpétua (CSJN, Buenos Aires, Argentina, 2013.09.04, rol S.C.A. 1008 LXLVII) pg 7

Discriminação de gênero em processo de seleção de emprego (CSJN, Buenos Aires, Argentina, 2014.05.20, rol S.932 XLVI). pg 17

---

### Brasil

---

Reconhecimento da legitimidade da audiência de custódia com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Constituição de Federal de 1988 (STF, Brasília, Brasil, 2015.08.20, rol ADI 5.240) pg 27

Estado é responsável pela morte do detento em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal (STF, Brasília, Brasil, 2016.03.30, rol RE 841.526). pg .77

---

### Chile

---

CS Chile acoge recurso de amparo (habeas corpus) a favor de grupo de 35 internos privados de libertad en centro penitenciario, los que fueron agredidos por sus Gendarmes (funcionarios públicos encargados de su custodia) CS Chile 2015.10.29 rol 18852-2015) pg 163

CS Chile acoge recurso de nulidad por juicio verificado en ausencia del imputado y ordena realizar uno nuevo por violación del derecho a defensa. (CS Chile 2015.11.26 rol 18.140-2015) pg 170

---

### Venezuela

---

Amparo constitucional contra sentencia de segunda instancia, por violación de los derechos a la defensa, debido proceso y propiedad previstos en los artículos 49 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (SALA CONSTITUCIONAL. Exp. 08-1124. 31/07/2009). . pg 175

Desaplicación por control difuso de la constitucionalidad de los artículos 471-A y 472 del Código Penal Venezolano. pg 192

---



**Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Arce, Diego”. Resolución del 14 de agosto de 2014. Expediente A. 1008. XLVII.**

El 3 de julio de 2002 el tribunal oral condenó al imputado a la pena de prisión perpetua por un delito cometido casi dos años antes de que cumpliera dieciocho años de edad. El 29 de marzo de 2011, la defensa interpuso un recurso de revisión en el que invocó, como hecho sobreviniente, el informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitido en el marco del caso “Mendoza” (caso N° 12.651).

En aquél informe, la CIDH había analizado la situación de otras personas condenadas en los mismos términos que Arce por hechos cometidos cuando aún no habían alcanzado los dieciocho años de edad. Entonces, la Comisión concluyó que dichas condenas vulneraban la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó el recurso. En virtud de ello, se interpuso un recurso extraordinario federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la impugnación, remitiéndose, en sus argumentos, al dictamen de la Procuración General de la Nación.

En su dictamen, la Procuración sostuvo que “...corresponde que en el ejercicio del ‘control de convencionalidad’, la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, más allá del caso específico en que fue dictada, ha compelido al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el artículo 2° de aquel instrumento internacional, en cuya consecuencia también debe proceder este Ministerio Público, dentro de su competencia (art. 120 de la Constitución Nacional y párrafo 221 de ese pronunciamiento). Al mismo tiempo, ello significa observar fielmente las condiciones de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo vinculado particularmente a esta materia en la República Argentina (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Fallos: 318:514; 326:2805, considerando 11 del voto del doctor Petracchi y sus citas –pág. 2846–)”.

S.C.A. 1008 LXLVII

“A D D p/ homicidio agravado”.

Suprema Corte:

-1-

El 3 de julio de 2002, el Tribunal en lo Penal de Menores de la Pri-mera Circunscripción de Mendoza condenó a DD: A a la pena de pri-sión perpetua por el delito de homicidio agravado que había cometido el 26 de sep-tiembre de 1997, casi dos años antes de alcanzar los dieciocho años de edad.

El 29 de marzo de 2011, la defensa de 1\ interpuso un nuevo recurso de revisión contra esa sentencia (el anterior, fundado en la doctrina del caso “Maldonado” de V.E. -Fallos: 328:4343--, fue desestimado por la Suprema Corte de Mendoza el 14 de marzo de 2007 -ver expte. n° 88.825, que corre agregado-). Como hecho sobreviniente, esta *vez* invocó el Infome 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitido en el marco del caso número 12.651 (Argentina), “César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas de adolescentes)”.

En ese pronunciamiento, la Comisión Interamericana analizó la situación de otros individuos condenados a la misma pena que A, también a raíz de hechos cometidos cuando aún no habían alcanzado los dieciocho años de edad. Fruto de esa consideración, el organismo regional concluyó que las condenas vulneraban la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y obligó al Estado argentino a garantizar una revisión amplia a los peticionarios, en la que se atendiera suficientemente a los estándares internacionales vigentes en materia de derecho penal juvenil.

La defensa sostuvo que las recomendaciones señaladas eran obligatorias para el tribunal de revisión, y que se proyectaban con los mismos efectos a la situación de A . en razón de que éste había sido condenado en las mismas condiciones y por el mismo tribunal que dos de los peticionarios ante la Comisión Interamencana.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó nuevamente el recurso. Sostuvo que la revisión de sentencias penales firmes constituye una via recursiva excepcional, sólo reservada para los casos especiales enumerados taxati vamente en la ley, en cláusulas que han de ser interpretadas restrictivamente.

En particular, el tribunal negó que un infome de la Comisión Interamencana

de Derechos Humanos pudiera contar como un motivo de revisión. Como fundamento, recordó la doctrina sentada por la Corte en el precedente “Acosta” (Fallos: 321:3555), aduciendo que si bien el Estado argentino debe realizar sus mejores esfuerzos para dar respuesta a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, ellas no serían vinculantes para el Poder Judicial y, por lo tanto, un pronunciamiento de la Comisión no es idóneo para conmover la estabilidad de las decisiones judiciales firmes, como la condena cuya revisión ha solicitado la defensa. No obstante ese rechazo, “a la luz de los tratados internacionales que integran la normativa constitucional, y en especial las conclusiones y recomendaciones emanadas del Infome 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...”, el a quo dispuso que “el juez de ejecución penal a cuya disposición se encuentre DD: A por intermedio de los organismos técnicos de la Unidad Penitenciaria en que se encuentre el nombrado prevea un régimen de revisión periódica de la conducta del condenado, con el objeto de verificar su evolución en el proceso de rehabilitación” (ver fs. 854/55).

Contra esa decisión, la defensa dedujo recurso extraordinario federal, que fue concedido (fs. 871/72).

## -II-

En su apelación extraordinaria, el recurrente cuestionó la caracterización del valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana sobre la que el *a quo* basó su pronunciamiento. En efecto, postuló que la doctrina de la Corte sobre esta materia respaldaba la tesis de que los informes de aquel órgano son obligatorios para el Estado argentino y, sobre esa base, arguyó que a partir del Infome 172/10, correspondía dejar sin efecto la prisión perpetua impuesta a A por delitos cometidos cuando era menor de dieciocho años y convertirla en una pena temporal, reduciéndola en la forma prevista por el artículo 4° de la ley 22.278.

Si se desconociera esa recomendación -advirtió-, el Estado argentino incurriría en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones derivadas de un tratado.

## -III-

Sin perjuicio de los términos del auto de admisibilidad del recurso extraordinario de fojas 871/72, los cuales se refieren al derecho a recurrir el fallo que reconocen los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y

14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es oportuno recordar que en la tarea de interpretar y aplicar disposiciones de carácter federal, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes, ni por los aportados por el *a quo*, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado según la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 317:1773; 321:1047 y 326:2880).

Tal doctrina resulta, a mi modo de ver, especialmente pertinente en el caso teniendo en cuenta que, como también tiene establecido el Tribunal, sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes al remedio federal (Fallos: 310:819; 311:870 y 1810; 312:555 y 891).

En tal sentido, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado argentino siguiendo, en lo sustancial, las conclusiones del Informe 172/10 de la Comisión sobre cuya base se articuló el recurso de revisión que, rechazado, dio lugar a la presente apelación (*Caso Mendozay otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2003. Serie C, nO 260).

No obstante que este hecho posterior haya vuelto abstracto lo referido al carácter vinculante o no de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cuestión federal introducida por la recurrente conserva su Vigencia.

En efecto, si bien se trata de un pronunciamiento que no abarcó el caso de autos (ver lo informado por la señora Defensora General de la Nación a fs. 876) y, en consecuencia, aun cuando el Estado haya sido parte no rige aquí el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte con el alcance previsto en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054, arto 2º y Fallos: 327:5668 y 334:1504), los términos en que ese tribunal internacional resolvió la cuestión -en especial porque también se refiere a las penas de prisión perpetua que, al igual que respecto de DD:

A, fueron impuestas a los menores R D V F y S: C: R C por la justicia de la provincia de Mendoza-lucen particularmente atinentes al *subjudice* desde el punto de vista tanto sustancial como procesal y, por esa razón, constituyen materia federal cuyo análisis resulta imperativo ante el *a quo* con arreglo a la doctrina de los precedentes “Strada” y “Di Mascio” (Fallos: 308:490 y 311:2478, respectivamente).

Por lo demás, es oportuno recordar que este criterio es el que mejor se adecua a la supremacía constitucional establecida en el artículo 31 de la Ley Fundamental y, en especial, a la cláusula federal estatuida en el artículo 28.2 del Pacto de San José de Costa Rica, de modo que la provincia de Mendoza pueda adoptar en su jurisdicción las disposiciones del caso para su cumplimiento (Fallos: 332:2033).

Todo ello permite subsumir el *sub examine* en el supuesto del artículo 14, inciso 3º, de la ley 48 y habilita la intervención de V.E.

#### -IV-

En lo que aquí interesa, la Corte Interamericana ha declarado la responsabilidad internacional de nuestro país, por lo siguiente:

1º) violación del derecho reconocido en el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe el sometimiento a detenciones o encarcelamientos arbitrarios, en relación con los artículos 19 y 1.1 de dicho instrumento, por haberse aplicado las sanciones de prisión y reclusión perpetuas, por la comisión de delitos siendo niños (párrafo 164 y punto resolutivo 5);

2º) violación del derecho a la integridad personal previsto en el artículo 5.6 de la citada Convención, que determina que las penas tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, también en relación con los artículos 19 y 1.1 *idem*, en la inteligencia que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de reintegración social de los niños y ni son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a su respecto (párrafos 166 y 167 y punto resolutivo 6);

3º) violación del derecho a la integridad personal, en cuanto al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas (art. 5.1 de la Convención), a la prohibición de someterlas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a la obligación de tratar a toda persona privada de libertad con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5.2 *idem*), en relación con sus artículos 19 y 1.1, por considerar que la desproporcionalidad de aquellas penas y el alto impacto psicológico producido, constituyeron tratos crueles e inhumanos (párrafo 183 y punto resolutivo 7);

4º) violación del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior que contempla el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus artículos 19, 1.1 Y 2, por considerar que los recursos de casación oportunamente interpuestos por los menores alcanzados por ese pronunciamiento no

habían permitido la revisión integral de las sentencias condenatorias (párrafo 261 y punto resolutivo 12);

5°) incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2° de la citada Convención, en relación con sus artículos 7.3 y 19, por entender: (i) que el régimen penal de la minoridad de la ley 22.278, en tanto permite valorar otros elementos más allá del delito cometido por el menor (antecedentes, resultado del tratamiento tutelar e impresión directa recogida por el juez), así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad; (n) que el artículo 13 del Código Penal vigente al momento de los hechos, que contemplaba la libertad condicional para las penas perpetuas luego de cumplidos veinte años de condena, no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, que se actualizan con el paso del tiempo y cuyo progreso podría permitir su reintegración a la sociedad en cualquier momento, ni cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de la libertad, lo cual también afecta el citado principio (párrafo 298 y punto resolutivo 14);

6°) incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2° de dicho instrumento, en relación con sus artículos 8.2.h y 19, por interpretar que el Código Procesal Penal de la provincia de Mendoza regula el recurso de casación en un sentido muy restringido y contrario al derecho de recurrir ante juez o tribunal superior (párrafos 302 y 303 y punto resolutivo 15).

El tribunal internacional también afirmó: “Con fundamento en las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente caso, particularmente, las relacionadas con la imposición de la prisión perpetua a ... , *la Corte dispone que el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a ... , ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad.* De igual modo, Argentina *deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia ...* Lo anterior, con el fin de evitar la necesidad de que casos como el presente se interpongan ante los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y puedan ser resueltos por los órganos estatales correspondientes” (párrafo 327 y, en igual sentido, punto dispositivo 21 - énfasis agregado-).

En esa misma línea, corresponde destacar que dicho tribunal valoró positivamente el sentido de lo resuelto el 9 de marzo de 2012 por la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza en la causa nO 102.319 respecto de S Cl R, C en cuanto decidió casar la sentencia que lo condenó a la pena de prisión perpetua y, acogiendo el Informe de fondo 172/10 de la Comisión Interamericana, impuso al nombrado la pena de quince años. También ponderó que en esa oportunidad se consideró que “se colige que el juzgador debió tener en cuenta en el momento de integración de la pena, los efectos de ella, desde la perspectiva de la prevención especial, porque fundamentalmente el derecho penal de menores está orientado a evitar los efectos negativos de la misma [... y lograr la] reintegración social, de allí que no se puede omitir la consideración concreta de la pena”. Esos antecedentes fueron tenidos en cuenta por la Corte Interamericana en el capítulo de reparaciones, en particular acerca del deber de adecuar el orden jurídico interno a los parámetros establecidos en su sentencia respecto del derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior (párrafos 92, 164, 257, 260, 331 Y 332, punto dispositivo 22 y notas 97 y 235).

Si bien no fue objeto de su decisión formal, es pertinente señalar que la Corte Interamericana también consideró expresamente que la regulación del recesso de revisión en el Código Procesal Penal de la provincia de Mendoza tampoco satisface el derecho previsto por el artículo 8.2.h de la Convención Americana, porque se trata de un recurso extraordinario que procede contra sentencias firmes bajo determinados supuestos e impide interponer un recurso antes de que la sentencia condenatoria quede firme y adquiera calidad de cosa juzgada (párrafos 259 y 260).

Por último, el tribunal supranacional resolvió que supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia dictada, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes y que dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto (punto dispositivo 28).

-V-

La reseña que antecede permite advertir con claridad que, aun cuando la situación de D D A no haya sido tratada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde aplicarle los amplios efectos de su fallo en cuanto exceden al caso puntual e imponen a la República Argentina el deber de adoptar disposiciones de derecho

interno de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, es oportuno recordar que de acuerdo con el derecho local, las sentencias penales de condena que han quedado firmes pueden ser revisadas cuando sobrevienen nuevas circunstancias inconciliables con ella: desde nuevos elementos de prueba que indican la inocencia del condenado o “que el hecho co-metido encuadra en una norma penal más favorable”, hasta jurisprudencia del su-perior tribunal de provincia cuando la condena “se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso” (art. 495 del Código Procesal Penal de Mendoza; las citas corresponden al texto de los incs. 4° y 5°, respectivamente).

La decisión del tribunal de Mendoza que se impugna, sólo se apoya en aspectos meramente formales con base en las particularidades de la regulación local del recurso de revisión, en tanto una petición de restitución del pleno ejercicio de un derecho fundamental exigía, sin embargo, una respuesta sustantiva, en especial si se repara en que tal como concluyó el juez Fayt *in re* “Felicetti” (Fallos: 323:4130), el empleo de esa vía en casos como éste obedece a que, dadas las características de los reclamos internacionales dirigidos contra una sentencia penal local, “sólo este recurso es potencialmente apto para cumplir acabadamente los com-promisos asumidos en materia de derechos humanos” (considerando 8° de su disidencia). En similar sentido se expresaron en ese precedente los jueces Petracchi, Boggiano y Bossert (considerandos 4°, 12 Y 16, respectivamente). Cabe recordar que al igual que la garantía que fue analizada en esas opiniones, al conceder el remedio federal el tribunal *a quo* también invocó el derecho al recurso que asegura el artículo S.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que el valor de la seguridad jurídica que implica la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en un caso como el presente juega un papel relativamente débil. En efecto, la revisión de sentencias penales firmes en favor del condenado en virtud de la aparición de eventos inconciliables con la condena forma parte de la regulación procesal penal de todas las jurisdicciones del país. En el caso de la provincia de Mendoza, también figura en su Constitución (art. 144, inc. 9°); y en su regulación procesal penal, la revisión prospera, como se dijo, incluso para aplicar jurisprudencia del tribunal superior provincial a sentencias firmes basadas en doctrinas más gravosas para el condenado (art. 495, inc. 5°, del Código Procesal Penal mendocino).

Sobre este último aspecto, resulta pertinente destacar --al igual que lo hizo la Corte Interamericana-- que el 9 de marzo de 2012 la propia Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, se pronunció en la causa n° 102.319, que involucraba al menor S C R C, también condenado a prisión perpetua e incluido, a diferencia de D D A, en el Informe 172/10 de la Comisión. El sentido de esa jurisprudencia posterior del superior tribunal provincial, que coincidió con el que aquí persigue la recurrente, también abona el temperamento que habrá de postularse en orden a la procedencia del recurso de revisión en función de esa inteligencia de la norma local que lo regula.

Cabe añadir en tal sentido, que la situación sustancialmente análoga de ambos menores también surge de estas mismas actuaciones, como lo muestran el pedido de conmutación de pena que conjuntamente elevaron el 24 de junio de 2005 al Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza, y la resolución que no le dio curso por ser materia ajena al Poder Judicial (ver fs. 730/34 y 736).

## -VI-

En las condiciones descritas, corresponde que en el ejercicio del “control de conveniencia”, la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, más allá del caso específico en que fue dictada, ha compelido al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el artículo 2° de aquel instrumento internacional, en cuya consecuencia también debe proceder este Ministerio Público, dentro de su competencia (art. 120 de la Constitución Nacional y párrafo 221 de ese pronunciamiento). Al mismo tiempo, ello significa observar fielmente las condiciones de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo vinculado particularmente a esta materia en la República Argentina (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Fallos: 318:514; 326:2805, considerando 11 del voto del doctor Petracchi y sus áttas -pág. 2846-).

La situación descrita se impone así de modo indiscutible por sobre cualquier preocupación abstracta por la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, como la que se ha invocado en la decisión impugnada e importará, además, profundizar la adecuación de la situación de D D A que, sobre la base del aludido informe y no obstante rechazar el recurso de revisión, ya dispuso restrictivamente el a quo a fojas 854/55, punto 2, con respecto al examen periódico de su conducta para verificar su evolución en el proceso de

reintegración social.

Finalmente, resta expresar que frente a las circunstancias del *sub examine*, el sentido de este dictamen es el que mejor se ajusta a la cláusula federal del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y respeta el régimen federal y la jurisdicción local (arts. 1°, 5°, 75, inc. 12, y 121 Ysgtes. de la Constitución Nacional), sino también a los criterios de Fallos: 328:4568, considerando 7° y 8° de la disidencia del doctor Zaffaroni, y 330:2836, en cuanto al reconocimiento por los Estados provinciales de los derechos resultantes de aquel instrumento internacional y, en particular, respecto de la garantía consagrada en su artículo 8.2.h, con relación a los recursos de casación u otros análogos previstos en sus ordenamientos procesales.

Por ello, opino que V.E. debe revocar la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 04 de septiembre de 2013.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CAREÓ

**Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Sisnero, Mirtha Graciela”. Resolución del 20 de mayo de 2014. Expediente S.932.XLVI.**

La Corte Suprema de Justicia argentina revocó la sentencia de la Corte de Justicia de la provincia de Salta que había rechazado el amparo interpuesto por una mujer que reclamaba haber sido discriminada por las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la Ciudad de Salta en el proceso de selección para acceder a un empleo como conductora de colectivos.

Para decidir de este modo, la Corte Suprema consideró que “...al concluir que no se había acreditado un acto discriminatorio, la sentencia en recurso no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente” ni tuvo en cuenta “los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación”, en los cuales “si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia”.

Asimismo, el máximo tribunal agregó que en la causa se encontraban acreditados “...diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso prima facie encuadrable en una situación discriminatoria”, puesto que, según surge de las diversas pruebas de la causa, “...en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y dicha práctica se mantuvo aún después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero”.

S. 932. XLVI.

RECURSO DE HECHOSisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL  
y otros s/ amparo.*Corte Suprema de Justicia de la Nación*Buenos Aires, *Veinte de mayo de 2014.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

## Considerando:

1°) Que con relación a los antecedentes de la causa y a la admisibilidad del recurso extraordinario y la queja interpuestas corresponde remitir en razón de brevedad a lo expuesto en los puntos I a IV del dictamen de la señora Procuradora General de la Nación.

2°) Que esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2°; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2° y 7°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos del Niño -art. 2°- y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

En particular, en esta última se establece que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar [...] b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección [...] y c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo [...]" (art. 11; en igual sentido, Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo).

Asimismo, de conformidad con el art. 2, "a" y "f", de dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a "Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas [...] a) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" (el resaltado no es del original).

3°) Que, por lo demás, esta Corte ha señalado desde mediados del siglo pasado que "Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circumscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad lato sensu carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de

8. 932. XLVI.  
RECURSO DE HECHO  
 Sienero, Elirthe Graciela y otros c/ Taldelva 53L  
 y otros s/ amparo.



### *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

grupos organizados de individuos" (caso "Kat, Samuel", Fallos: 241:291, esp. 299).

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares" (*idem* "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA", Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315).

4º) Que la cuestión debatida en autos consiste en determinar si las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta han vulnerado el derecho constitucional de las mujeres en general, y de la actora en particular, a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductora de colectivos.

Con relación a este punto, el a quo sostuvo que no existía caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, pues no se había demostrado la violación, por parte de

las empresas, del derecho a la igualdad de la amparista ni tampoco respecto de otras mujeres.

Sin embargo, en la misma sentencia admitió "la presencia de síntomas discriminatorios en la sociedad" que habrían quedado en evidencia a partir de la ausencia de mujeres entre quienes tienen a su cargo la conducción de colectivos. Sobre esa base, de acuerdo con los compromisos adoptados por nuestro país al aprobar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y por aplicación de la ley 26.485, consideró que correspondía "tomar medidas apropiadas para lograr la modificación de los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios [...] a fin de garantizar el goce pleno del derecho de igualdad laboral de las mujeres".

En conclusión, si bien rechazó el amparo en cuanto a la existencia de un acto discriminatorio respecto de Mirtha Sisnero, hizo lugar parcialmente a la demanda "sólo a los fines preventivos, para que en futuras contrataciones se asegure que la postulación de mujeres será analizada por las empresas prestadoras sin tomar en cuenta su condición femenina sino en base a los mismos requisitos que los exigidos a los hombres". Para ello, resolvió intimar a las empresas demandadas a presentar un informe ante la Autoridad Metropolitana de Transporte en el cual se detallen los requisitos exigidos para la admisión de postulantes de choferes de transporte público.

5º) Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de

S. 932. XLVI.

RECURSO DE HECHOSisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Faldelva SRL  
y otros s/ amparo.

A

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y "la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°).

Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con "la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (conf. considerando 11).

En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso "Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green" [fallo del año 1973, publicado en 411 US 792]. Esa doctrina continúa siendo aplicada por la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta la actualidad, aunque con ciertos matices

[ver 431 US 324, año 1977, 509 US 502, año 1993 y 530 US 133, año 2000]. Asimismo, la regla fue adoptada por diversos ordenamientos nacionales e internacionales (ver, en este sentido, citas de Fallos: 334:1387 y Manual de la legislación Europea contra la discriminación, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011).

6°) Que, al concluir que no se había acreditado un acto discriminatorio, la sentencia en recurso no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni tuvo en cuenta los criterios señalados en el anterior considerando.

En efecto, de las constancias de la causa resulta que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso *prima facie* encuadrable en una situación discriminatoria. Así, las diversas pruebas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General y, en particular, las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero.

A su vez, las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular. Es que este tipo de defensas —que, en definitiva, se limitan a negar la intención discriminatoria— no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable en los términos

S. 932. XLVI.

RECURSO DE HECHOSianero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL  
y otros s/ empleo.*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

de la jurisprudencia citada en el considerando anterior. Ello es así, especialmente en este caso, en el cual el propio sentenciante ha reconocido la existencia de lo que dio en llamar "síntomas discriminatorios en la sociedad", que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Un claro ejemplo en esta dirección, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y "entre risas" que "esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...] Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] no es tiempo de que una mujer maneje colectivos [...] (cf. entrevista agregada a fs. 364).

7º) Que de lo precedentemente expuesto se desprende que la sentencia no ha respetado los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el que aquí se ha planteado, y en consecuencia, corresponde su revocación.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia

-//-

-7-

-//--impugnada con el alcance indicado. Acumúlese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y oportunamente, devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA FIGHION DE NOLASCO



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

S. 932. XLVI.

RECURSO DE HECHOSisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL  
y otros s/ amparo.*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Recurso de hecho interpuesto por Mirtha Graciela Sisnero y otros, representados por la Dra. Natalia Buira, Defensora Oficial.

Tribunal de origen: Corte de Justicia de la Provincia de Salta.

Tribunal que interviene con anterioridad: Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta..

### **Síntese jurídica**

Trata-se de decisão judicial que reconheceu a legitimidade da audiência de custódia, com base no artigo 7(5) da Convenção Americana sobre Direitos do Homem, indicando a adoção da referida prática por todos os tribunais do país. Aceita a legitimidade da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil como parte ativa, a decisão passou a considerar em que medida o Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que regulamentou a matéria, se limitava a regulamentar legislação infra-constitucional, se inovava em matéria que é própria da autogestão dos tribunais ou, ainda, se inovava invadindo seara resguardada pela Constituição para a lei em sentido estrito. Após análise dos dispositivos do Provimento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Provimento apenas explicitava conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem – reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de status jurídico supralegal.

### **Síntese dos fatos**

Em março de 2015, a Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo adotou um provimento conjunto que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, entendendo dever a questão ser tratada em norma processual e, portanto, em âmbito federal, arguiu a inconstitucionalidade do procedimento. No caso, foi entendido que o ato impugnado em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO**

|                       |                                                                        |
|-----------------------|------------------------------------------------------------------------|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. LUIZ FUX</b>                                                 |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>:ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:WLADIMIR SERGIO REALE</b>                                          |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>       |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS</b>                                    |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS</b>                                    |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF</b>            |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)</b>                                      |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>                                    |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>                                 |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b>                 |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</b>             |

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.****PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.**

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que *“toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”*, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação,

porquanto o *status* do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea *a*, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.

7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes.

9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da 2ª categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes.

10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.

11. Ação direta de inconstitucionalidade **PARCIALMENTE CONHECIDA** e, nessa parte, **JULGADA IMPROCEDENTE**, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto, do Relator, em conhecer em parte da ação e, na parte conhecida, em julgar improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado.

Brasília, 20 de agosto de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Relator

20/08/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO**

|                       |                                                                            |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. LUIZ FUX</b>                                                     |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>:ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO<br/>BRASIL - ADEPOL-BRASIL</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:WLADIMIR SERGIO REALE</b>                                              |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO<br/>ESTADO DE SÃO PAULO</b>       |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS</b>                                        |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA<br/>DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS</b>                                        |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS<br/>- FENAPEF</b>            |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)</b>                                          |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>                                        |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>                                     |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO<br/>SANTO</b>                 |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO<br/>ESPÍRITO SANTO</b>             |

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, arguindo a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal, nos seguintes termos:

*“PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E  
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA*

*OS DESEMBARGADORES JOSÉ RENATO NALINI, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, E HAMILTON ELLIOT AKEL, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais;*

*CONSIDERANDO que o Poder Judiciário, em parceria com o Poder Executivo, vem adotando inúmeras providências na busca pelo equacionamento dos problemas sob os quais opera o sistema penitenciário do Estado;*

*CONSIDERANDO que os reflexos dessas providências não alcançam, de maneira a causar impacto determinante no funcionamento do sistema penitenciário, aqueles cuja permanência no cárcere se dá por força de prisão cautelar, e que representam parcela significativa do contingente dos estabelecimentos penais;*

*CONSIDERANDO, assim, a necessidade de implantar, em absoluta sinergia com recentes medidas do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, uma ferramenta para controle judicial mais eficaz da necessidade de manutenção da custódia cautelar;*

*CONSIDERANDO que o Brasil, no ano de 1992, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica) que, em seu artigo 7º, item 5, dispõe: ‘toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais’;*

*CONSIDERANDO o Projeto de Lei nº 554/2001 do Senado Federal que altera o artigo 306, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, para incorporar, na nossa legislação ordinária, a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa, no prazo de 24 horas, ao juiz que, em audiência de custódia, decidirá por manter a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva, relaxá-la ou substituí-la por uma medida cautelar;*

*CONSIDERANDO, finalmente, o decidido nos autos do processo nº 2014/00153634 – DICOGE 2.1;*

*RESOLVEM:*

*Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.*

*Art. 2º A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo*

*será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.*

*Parágrafo único. A Corregedoria Geral da Justiça disciplinará por provimento a implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo e o cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.*

*Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.*

*§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.*

*§ 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.*

*Art. 4º Incumbe à unidade vinculada ao juiz competente preparar o auto de prisão em flagrante para a audiência de custódia, realizando os atos de praxe previstos nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e juntar a folha de antecedentes da pessoa presa.*

*Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.*

*Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.*

*§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.*

*§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.*

*§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.*

*§ 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que contere o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.*

*§ 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.*

*§ 6º As partes, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.*

*Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência*

*de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como:*

*I - apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;*

*II - determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.*

*Art. 8º O mandado de prisão, se convertido o flagrante em preventiva, e o alvará de soltura, na hipótese de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão da liberdade provisória, serão expedidos com observância das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, aplicando-se, ainda, e no que couber, o procedimento disciplinado no artigo 417 e seus parágrafos do mesmo Diploma.*

*Art. 9º Será elaborado pela unidade vinculada ao juízo competente relatório mensal, que deverá conter:*

*I - o número de audiências de custódia realizadas;*

*II - o tipo penal imputado, nos autos de prisão em flagrante, à pessoa detida e que participou de audiência de custódia;*

*III - o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conversão da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente;*

*IV - o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente.*

*Art. 10. Não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (art. 1.127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1.127, II, NSCGJ).*

*Parágrafo único. A regra do caput aplica-se até a efetiva implantação de rotina para transferência, aos finais de semana e feriados, de presos das unidades da Secretaria de Estado da Segurança Pública para os estabelecimentos da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária.*

*Art. 11. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação. Registre-se. Publique-se por três dias alternados. Cumprase.*

*São Paulo, 22 de janeiro de 2015.*

*(aa) JOSÉ RENATO NALINI, Presidente do Tribunal de Justiça, HAMILTON ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça (27, 29/01 e 02/02/15)”*

Alega a autora que é entidade de classe de âmbito nacional, atuando na defesa das prerrogativas, interesses e direitos de Delegados de Polícia, civis e federais, em mais de nove Estados da Federação, de modo que teria legitimidade para ajuizar a presente ação direta de inconstitucionalidade, com base no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal.

Também sustentou a pertinência temática da ação, uma vez que a norma impugnada instituiria deveres funcionais para os Delegados de Polícia de São Paulo, bem como o seu cabimento para a impugnação de ato normativo regulamentar, uma vez que, no seu entender, o provimento impugnado teria caráter inovador na ordem jurídica e não meramente regulamentar, sendo possível, assim, o seu controle de constitucionalidade pela via direta.

No mérito, arguiu que o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, dependeria da edição de lei federal, por força dos artigos 22, inciso I, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, havendo, inclusive, projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado tratando do assunto (projetos de lei nº 7.871/2014 e 554/2011, respectivamente). Dessa forma, o provimento do TJSP estaria suprindo lacuna legal e extrapolando de forma inconstitucional o poder regulamentar daquele tribunal.

Prossegue a autora aduzindo que a a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) tampouco poderia servir de fundamento para a edição do provimento atacado, visto que, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressariam no ordenamento jurídico nacional com *status* supralegal, de modo que, na sua ótica, não seria possível a sua regulamentação direta através da espécie normativa empregada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por fim, apontou a inconstitucionalidade da norma impugnada à luz do princípio da proibição do excesso e a existência de dificuldades operacionais na execução das audiências de custódia, requerendo, liminarmente, a suspensão da eficácia do Provimento Conjunto 03/2015 e, no mérito, a declaração da sua inconstitucionalidade integral.

Em despacho proferido em 25/03/2015, determinei que a presente ação seguisse o rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999 (documento 12).

O TJSP prestou informações (documento 17), suscitando, preliminarmente, a ausência de pertinência temática, uma vez que a norma impugnada seria dirigida apenas aos Magistrados daquele tribunal e não aos Delegados de Polícia.

No mérito, defendeu a norma impugnada, sob o argumento de que não se trataria de reglamento autônomo, nem de norma processual penal, mas apenas de regulação de direitos fundamentais previstos pelos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), e 5º, incisos LIV, LV e LVII (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência), da Constituição Federal, assim como pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem<sup>1</sup>. Da mesma forma, também haveria normas processuais penais atinentes à prisão cautelar que dariam suporte de validade ao provimento impugnado, nomeadamente aquelas previstas pelos artigos 306, § 1º, e 322, parágrafo único, do Código de Processo Penal<sup>2</sup>. Destarte, o provimento em questão não teria alterado o conteúdo das normas que lhe servem de fundamento de validade, tão somente estipulando orientações aos Magistrados para o seu efetivo cumprimento.

Havendo, portanto, legislação processual suficiente, sustentou o Tribunal de Justiça de São Paulo ter agido apenas no âmbito correicional, organizando serviços prestados pelos seus órgãos jurisdicionais, dentro da competência que lhe é atribuída pelo artigo 96, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal. Sendo assim, qualquer lei que fosse aprovada pelo Congresso Nacional disciplinando a audiência de custódia apenas reforçaria a eficácia desse instituto jurídico, na medida que o atual ordenamento jurídico nacional já admitiria a sua validade.

1 Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

2 § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Destacou, ainda, o alinhamento do Provimento Conjunto 03/2015 com as diretrizes do “Programa Segurança sem Violência”, desenvolvido pelo Ministério da Justiça, com a participação de representantes da sociedade civil e de órgãos públicos como o CNJ, o CNMP, o Conselho Federal da OAB e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE). Tal programa consistiria em política pública voltada ao desenvolvimento de ações integradas para a melhoria do sistema carcerário brasileiro, ensejando a celebração pelo Ministério da Justiça e pelo CNJ de diversos acordos de cooperação técnica para a implantação da audiência de custódia em todo o Brasil, notadamente com os Tribunais de Justiça dos Estados do Maranhão, Espírito Santo e Mato Grosso, que também já regulamentaram a audiência de custódia.

O Advogado-Geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ação direta, por se voltar contra ato normativo meramente regulamentar (documento 30). No mérito, argumentou que o pedido não procede, por não se vislumbrar no ato normativo do TJSP violação aos artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal. Segundo o Advogado-Geral da União, o provimento hostilizado seria um ato de organização interna do TJSP para atendimento de direitos previstos no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>3</sup>, ambos ratificados pelo Brasil. Dessa forma, tendo os referidos tratados internacionais a natureza jurídica de norma supralegal, poderiam servir de fundamento de validade para a edição de provimento exclusivamente organizador dos órgãos jurisdicionais ou administrativos do TJSP, que agiu amparado pelo artigo 96, inciso I, da Constituição Federal. Concluiu negando a apontada ofensa ao princípio da separação dos poderes, ante a inexistência de usurpação da atividade legislativa federal para dispor sobre normas processuais ou do Presidente da República para sancioná-las, promulgá-las e publicá-las.

O Ministério Público Federal opinou pela extinção do processo, sem resolução do mérito, uma vez que a presente ADI teria como objeto ato normativo secundário (documento 47). No mérito, pronunciou-se pela improcedência do pedido, ressaltando que Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trariam disposições de estatuto supralegal vigentes na ordem jurídica brasileira, inclusive já apreciadas e aprovadas pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, no seu processo de ratificação e internalização. Assim, tais normas supraleais teriam sido apenas regulamentadas pelo Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP, o qual não traria, por sua vez, qualquer inovação processual, nem violaria a separação dos poderes, somente regulando o funcionamento interno dos serviços judiciários, com arrimo no artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal. Ajuntou que o provimento fustigado estaria em sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa e da liberdade, além de permitir um tratamento mais humanizado ao preso, a redução da população carcerária e o cumprimento pelo Brasil de compromisso assumido no plano internacional.

Pleitearam seu ingresso no feito, na condição de *amici curiae*, a Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF (documento 25), a comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Defensoria Pública da União (documento 32) e a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (documento 40), o que foi deferido por decisão datada de 03/08/2015.

É o relatório.

3 Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

## ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, aqui como foi destacado, tem-se revelado extremamente eficiente a audiência de custódia, a respeito da qual, depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.

Essa audiência de custódia tem interferido diretamente na obstrução de prisões ilegais e, **a fortiori**, nesse abarrotamento do sistema prisional brasileiro. Por isso é que eu disse que havia uma certa imbricação entre esse tema e o tema do Ministro Gilmar Mendes, porque, na dúvida, numa apresentação imediata ao juiz, ele pode valorar a conduta do imputado.

Eu vou fazer a juntada do voto, e nele há apenas algumas passagens que entendendo importantes em razão da natureza técnica. Evidentemente, não vamos aqui apenas nos limitar a evidenciar a eficiência da audiência de custódia. Há uma reclamação constitucional sobre uma invasão dos poderes da polícia ou, sob outro enfoque, de que o Tribunal teria legislado processualmente, violando a competência privativa da União.

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e demais presentes. A ação direta de inconstitucionalidade que agora trago a julgamento veicula tema de enorme importância para a sociedade brasileira, ao discutir os limites constitucionais da persecução penal no país.

**A realidade do sistema prisional brasileiro: alguns números ilustrativos**

Segundo estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em julho de 2014<sup>4</sup>, o Brasil tem a 4ª maior população carcerária do mundo (ou a 3ª maior, se computadas as prisões domiciliares), com um total de 563.526 detentos no sistema prisional, mais 147.937 pessoas em prisão domiciliar, totalizando 711.463 pessoas presas. Há, ainda, 373.991 mandados de prisão em aberto no Banco Nacional de Mandados de Prisão, número que, somado ao total de pessoas já presas, gera uma demanda de 1.085.454 vagas no sistema prisional. Ocorre, contudo, que o sistema carcerário brasileiro oferece apenas 357.219 vagas, havendo, portanto, um imenso déficit de 728.235 vagas e uma escandalosa taxa de ocupação de 200% das vagas existentes.

O levantamento realizado pelo CNJ apontou, outrossim, o percentual 32% de presos provisórios do total de pessoas presas, incluídas as pessoas em prisão domiciliar, ou 41% dos presos institucionalizados. Tais percentuais demonstram que a prisão cautelar, que deveria ser a exceção num Estado Democrático de Direito que efetivamente preza pelo princípio da presunção de inocência, vem se tornando a regra. E veja-se que esse é o cenário de julho de 2014, nada indicando algum progresso nesse campo desde então.

O panorama do aparato estatal voltado à privação de liberdade individual se mostra ainda mais aflitivo quando somamos aos números indicados acima o quantitativo de menores infratores submetidos a medidas socioeducativas privativas de liberdade, estimado pelo CNJ em 17.502 internos, com taxas de ocupação que chegam aos alarmantes percentuais de 221% no Ceará, 178% em Pernambuco e 160% na Bahia. Esses dados dizem respeito ao período de julho de 2010 a outubro de 2011, novamente inexistindo indicativos de qualquer progresso também no sistema socioeducativo<sup>5</sup>.

É necessário, no entanto, que a sociedade brasileira se conscientize de que o calamitoso quadro da segurança pública no país se deve, em grande parte, ao seu perverso sistema de privação de liberdade, que, embora concebido pelo legislador para reabilitar a pessoa em conflito com a lei e reintegrá-la ao convívio social (artigos 1º da LEP<sup>6</sup> e 35, inciso IX, da Lei do SINASE<sup>7</sup>), na realidade apenas tortura e desumaniza o preso, gerando elevado grau de reincidência.

A reforma prisional vem se revelando cada vez mais imperiosa na maioria dos países do mundo. Nos Estados Unidos, país que tem a maior população carcerária do mundo, o Presidente **BARACK OBAMA** recentemente propôs uma reforma da justiça criminal, que ainda

4 Fonte:

[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf) (acesso em 03/08/2015)

5 Fonte: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf)

[judiciarias/Publicacoes/panorama\\_nacional\\_doj\\_web.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf) (acesso em 03/08/2015)

6 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.

7 Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

(...)

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

seria “uma fonte de iniquidade que tem efeitos irradiantes em famílias e em comunidades e em última análise na nação”<sup>8</sup>. O Brasil, que ocupa o 4º lugar nesse *ranking* (ou o 3º lugar se consideradas as prisões domiciliares), também tem ainda um longo caminho a percorrer no que concerne à humanização do sistema prisional e da justiça criminal em geral. Aí reside a importância de iniciativas inovadoras voltadas à redução da população carcerária, sobretudo das que se referem aos presos provisórios, como a que ora se discute.

A proposta das audiências de custódia, capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça e encampada por diversos tribunais do país, sem dúvida é das mais relevantes nessa seara, como provam os resultados hauridos até então pelas cortes pioneiras: redução de 50% das prisões cautelares no TJES<sup>9</sup> e redução de 40% das prisões cautelares no TJSP<sup>10</sup>, no primeiro mês de realização das audiências de custódia, além da estimativa de economia de 75 milhões de reais por ano com gastos no sistema penitenciário do Estado do Paraná<sup>11</sup> e de 27 milhões de reais por ano no Amazonas<sup>12</sup>.

Considerando-se certa, por conseguinte, a eficácia das audiências de custódia na redução da população de presos provisórios, resta saber se essa ação vem sendo executada de forma compatível com a Constituição Federal, o que é objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, que ora é trazida a julgamento por este egrégio Plenário.

### **Preliminar: legitimidade ativa e pertinência temática da ADEPOL**

*In casu*, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil -ADEPOL/BRASIL, autora desta ação direta de inconstitucionalidade, é uma entidade de classe, de âmbito nacional, presente em mais de nove Estados, constituída para representar a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais) e tendo como finalidade a defesa das suas prerrogativas, interesses e direitos (documento 5). Daí decorre a sua legitimidade para deflagrar o processo objetivo de controle de constitucionalidade, com base no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, como já foi reconhecido em várias ocasiões por este Supremo Tribunal Federal:

“

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 51 DA LEI 15.301, DE 10 DE AGOSTO DE 2004, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA DE SUSPENSÃO*

*PREVENTIVA A SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL, ASSIM QUE RECEBIDA DENÚNCIA PELA PRÁTICA DE DETERMINADOS CRIMES. VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (INCISOS LIV E LV DO ART. 5º DA CF). 1. A*

<sup>8</sup> Fonte: <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2015/07/criminaljustice-reform> (acesso em 03/08/2015)

<sup>9</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79751-audiencias-de-custodia-no-esreduzem-em-50-o-numero-de-presos-provisorios> (acesso em 03/08/2015)

<sup>10</sup> Fonte:

<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=26026> (acesso em 03/08/2015)

<sup>11</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80037-parana-podera-economizar-r-75milhoes-ao-ano-com-audiencia-de-custodia>

<sup>12</sup> Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297308>

*Associação dos Delegados de Polícia do Brasil tem legitimidade para a propositura da ação direta, pois constitui entidade de classe de âmbito nacional, congregadora de “todos os delegados de polícia de carreira do país, para defesa de suas prerrogativas, direitos e interesses” (inciso IX do art. 103 da Constituição Federal). Presença do requisito da pertinência temática entre as finalidades da agremiação e o objeto da causa. (...)”*

(ADI 3.288, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 24/02/2011)

*“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do 4*

*Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL). Precedentes. (...)”*

(ADI 3.469, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 28/02/2011)

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.*

*JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI’S 4.009 E 4.001. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA REQUERENTE --- ADEPOL. LEI COMPLEMENTAR N. 254, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2003, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 374, DE 30 DE JANEIRO DE 2007, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA ESTADUAL. ARTIGO 106, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE. LEIS COMPLEMENTARES NS. 55 E 99, DE 29 DE MAIO DE 1.992 E 29 DE NOVEMBRO DE 1.993, RESPECTIVAMENTE. VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS DOS POLICIAIS CIVIS E MILITARES À REMUNERAÇÃO DOS DELEGADOS. ISONOMIA, PARIDADE E EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF: VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XIII; 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA “A”, E 63, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO E EQUIPARAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES PÚBLICOS. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A legitimidade ad causam da requerente foi reconhecida por esta Corte em oportunidade anterior --- entidade de classe de âmbito nacional, com homogeneidade em sua representação, que congrega Delegados de Carreira das Polícias Federal, Estaduais e do Distrito Federal. (...)” (ADI 4.009, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJe de 29/05/2009)*

No que toca à pertinência temática, tenho que está igualmente presente na hipótese dos autos. Apesar de o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ter afirmado, nas suas informações, que as disposições do Provimento Conjunto 03/2015 se dirigiriam apenas aos magistrados vinculados àquela corte, não se pode desconsiderar que os novos procedimentos e rotinas administrativas instituídos pelo ato impugnado terão reflexo nas atividades dos demais atores do cenário processual penal, inclusive das Autoridades Policiais e seus agentes subordinados. É evidente que a realização da audiência de custódia não depende apenas da participação do Juiz, envolvendo também a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos advogados e, tendo em vista se tratar de ato que se realizará logo em seguida à lavratura do auto de prisão em flagrante, também da Autoridade Policial, que precisará estabelecer seus próprios procedimentos administrativos internos para realizar a apresentação tempestiva do preso (o qual estará sob sua guarda) na audiência de custódia. Aliás, o Provimento Conjunto 03/2015 é claro ao reconhecer essa necessidade de participação da Autori-

dade Policial, ao trazer as seguintes disposições em seu artigo 3º, transcrito abaixo:

*“Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.*

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, *juntamente com a pessoa detida.*

§ 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim *justificarem.*”

Fica claro, portanto, que o ato normativo impugnado traz em seu bojo disposições que, não obstante voltadas à atividade jurisdicional dos Magistrados do TJSP, poderão reverberar indistintamente na atividade policial dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. Dessa forma, o pedido formulado neste feito guarda total pertinência temática com as atribuições da associação autora, as quais dizem respeito à defesa das prerrogativas, interesses e direitos dessa categoria.

### **Preliminar: inadequação da via processual (natureza secundária do ato normativo impugnado)**

Quanto à preliminar de inadequação da ação direta de inconstitucionalidade para a impugnação de ato normativo secundário, é preciso saber, em primeiro lugar, se o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP se limita a pormenorizar regras para o fiel cumprimento de normas legais já existentes ou se inova na ordem jurídica. No primeiro caso, haveria somente crise de legalidade, uma vez que a *interpositio legislatoris* levaria a um controle do regulamento em face da lei, que seria o seu fundamento de validade, e desta perante a Constituição. Não caberia, portanto, controle de constitucionalidade do regulamento pela via direta. Já no segundo caso, o controle concentrado de constitucionalidade revelar-se-ia possível, acaso o suporte de validade da norma fosse a própria Carta Política. Nesse sentido, cito o escólio doutrinário do Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO** (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 6ª Edição - 2012, 4ª Tiragem - 2014, p. 208 e 204-205):

*“Os atos administrativos normativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação.*

( ... )

*Não assim, porém, os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando com força de lei. Neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal. Situam-se nessa rubrica os regimentos internos e atos normativos elaborados pelos Tribunais, inclusive os de Contas.”*

Como bem assentado pela parte final do texto supracitado, regimentos internos e atos nor-

mativos dos tribunais, sempre que tratarem da competência e do funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais, qualquer que seja a sua denominação, encontram seu fundamento de validade diretamente no artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

*“Art. 96. Compete privativamente:*

*I - aos tribunais:*

*a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”*

Isso significa que pode a norma expedida por tribunal inovar validamente no sistema jurídico, com força de lei, se tratar exclusivamente do funcionamento e da competência dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos. Não basta, porém, a constitucionalidade formal da norma; será necessária, ainda, a adequação do seu conteúdo às disposições materiais da Constituição Federal. Daí decorre a possibilidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade mesmo nesses casos de exercício formalmente regular do poder de autogestão dos tribunais, para aferição de possível vício material de inconstitucionalidade.

Cumprir observar, por outro lado, que o próprio dispositivo constitucional mencionado anteriormente exige a observância das normas de processo – que são implementadas por legislação federal, *ex vi* do artigo 22, inciso I, da CRFB – e das garantias processuais das partes – estas previstas pela própria Constituição Federal –, matérias que estão fora, consecutivamente, da atribuição dos tribunais para sua autogestão. Da mesma forma, sempre que a própria Constituição Federal exigir lei em sentido estrito, não poderá o tribunal disciplinar a matéria em espécie normativa diversa, sob pena de usurpação de competência legislativa em matéria adstrita à reserva legal. Em ambos os casos, haverá vício de inconstitucionalidade formal, já que o ato normativo do tribunal não pode albergar tais disposições. Essa é a orientação que vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal, como se depreende dos arestos colacionados a seguir (grifei):

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI 8.185, DE 14.05.91. ARTS. 144, PAR. ÚNICO E 150, CAPUT, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ATO DE JULGAMENTO REALIZADO EM SESSÃO SECRETA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ARTS. 5º, LX E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O impugnado art. 16 da Lei 8.185/91 encontra-se tacitamente revogado desde a edição da Lei 8.658, de 26.05.93, que estendeu a aplicação das regras previstas nos arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90 - dirigidas, originariamente, ao STF e ao STJ - às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. 2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, “dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (CF, art. 96, I, a). 3. São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual,*

*como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição.* 4. Ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.09.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos arts. 144, par. único e 150, caput do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (ADI 2.970, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 12/05/2006)

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PORTARIA Nº 219/2006, EDITADA PELO E. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO - ATO IMPREGNADO DE DENSIDADE NORMATIVA - CONCEITO DE ATO NORMATIVO (RTJ 143/510 - RTJ 195/812-816) VIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE -PORTARIA QUE DEFINE OS DÉBITOS DE PEQUENO VALOR DECORRENTES DE EXECUÇÃO DE SENTENÇAS TRABALHISTAS ORIUNDAS DE AÇÕES CONTRA ENTES PÚBLICOS - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA OUTORGADA AO PODER LEGISLATIVO ESTADUAL -DESRESPEITO À CLÁUSULA DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI (CF ART. 100, § 3º) - O SIGNIFICADO E AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - DOCTRINA - PRECEDENTES - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CONFIGURAÇÃO DO “PERICULUM IN MORA” - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.”*

(ADI 4.015 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 06/12/2014)

É preciso discernir, destarte, (1) se o provimento atacado se limita a regulamentar legislação infraconstitucional, sem extrapolar seus limites nem contrariá-la, (2) se inova em matéria que é própria da autogestão dos tribunais ou, ainda, (3) se inova invadindo seara resguardada pela Constituição para a lei em sentido estrito. Como explanado acima, só o segundo e o terceiro cenários conduzirão à adequação da ação direta de inconstitucionalidade, sendo que no segundo o crivo de constitucionalidade será de cariz material, enquanto no terceiro será meramente formal.

#### **O rito procedimental do *habeas corpus* segundo a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Código de Processo Penal**

De plano, anoto que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que *“toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”*, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter suprallegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, relator para acórdão o Min. **GILMAR MENDES**, Pleno, DJe de 05/06/2009:

*“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.*

*POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua trílice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedorfiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”*

Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira – porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com *status* supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel.

Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. Esse é o escólio de **KONRAD HESSE**, em comentários ao artigo 25 da Constituição Federal alemã<sup>13</sup> (*Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha*).

13 Artigo 25

[Preeminência do direito internacional]

As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepoem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal.

*“A essas regras, o artigo 25 da Lei Fundamental dá primazia sobre as leis e, com isso, também sobre as normas jurídicas de hierarquia inferior, de modo que elas prevalecem sobre cada norma jurídica estatal que fica atrás delas ou as contradiz, não, ao contrário, sobre a própria Constituição, na qual assenta aquela validade intraestatal como direito federal e que não conhece direito federal que está, em hierarquia, sobre ela. As regras gerais de Direito Internacional Público tornaram-se, com isso, em virtude do Direito Constitucional, obrigatórias diretamente para o poder legislativo, executivo e judiciário. Na medida em que elas, como regras de Direito Internacional Público, fundamentam direitos e deveres para o particular, criam elas também direitos e deveres diretamente para os habitantes do território federal. Nessa proporção, o artigo 25 da Lei Fundamental garante a concordância entre a ordem jurídica de Direito Internacional Público e intra-estatal, uma garantia na qual se manifesta claramente a ‘amabilidade para o Direito Internacional Público’ da Lei Fundamental.”*

Destarte, também o item 5 do artigo 7º da referida convenção deve ser tido por norma supralegal, sendo imperioso passar em revista a legislação ordinária à luz do seu conteúdo normativo.

Para tanto, cumpre observar, primeiramente, que a garantia trazida pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos não é uma inovação; muito pelo contrário, suas origens remontam à Magna Carta, documento basilar de garantia dos direitos do homem, que no dia 15 de junho deste ano de 2015 completou 800 anos. Embora alguns autores apontem semelhanças do *habeas corpus* com outros institutos do direito romano ou germânico anterior, a gênese do remédio heroico, tal como hoje o conhecemos, encontra-se na Magna Carta, cujos artigos 39 e 40 assim dispunham :

*“(39) Nenhum homem livre será apreendido ou preso, ou despojado dos seus direitos ou bens, ou banido ou exilado, ou privado de seu status de qualquer forma, tampouco usaremos força contra ele, nem ordenaremos que outros o façam, exceto por meio de um julgamento legítimo por parte de seus pares ou em virtude da lei do país.*

*(40) Para ninguém venderemos, negaremos ou atrasaremos um direito ou a justiça. “*

As normas colacionadas acima representaram verdadeira revolução na tutela da liberdade individual, na medida em que atribuíram aos tribunais ingleses pela primeira vez o poder de efetuar o controle de legalidade das prisões (ISHIDA, Valter Kenji. *Prática jurídica de habeas corpus*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-4). A fim de realizar adequadamente tal controle, os juízes ingleses passaram a proferir o *writ* (ordem) de *habeas corpus ad subjiciendum*, que consistia na ordem de apresentação do preso ao Juiz, para que este, então, decidisse sobre a legalidade da prisão, à vista do homem e do caso. Sobre o significado do *habeas corpus*, nas suas origens mais remotas, colho os seguintes ensinamentos:

*“Habeas corpus eram as palavras iniciais da fórmula no mandado inicial que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: ‘Toma (literalmente: tome, no subjuntivo, habeas, de habeo, habere, ter, exhibir, tomar, trazer, etc.) o corpo deste*

*detido e vem submeter ao tribunal o homem e o caso'. Por onde se vê que era preciso produzir e apresentar à Corte o homem e o negócio, para que pudesse a justiça, convenientemente instruída, estatuir, com justiça, sobre a questão, e velar pelo indivíduo.”*

(PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus*, tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, p. 56)

*“O habeas corpus é, no Direito inglês do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (writ) para que seja apresentado o corpo da pessoa (habeas corpus), isto é, seja feito de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de habeas corpus (...). Mas a expressão habeas corpus, sem mais nada, habeas corpus por antonomásia, designa o habeas corpus ad subjiciendum, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (ad faciendum), de que se submeta a (ad subjiciendum) e receba (ad recipiendum) o que for julgado correto, pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (writ) do Direito inglês e ‘baluarte permanente de nossas liberdades (The stable balwark of our liberties).”* (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 9ª Edição, 1995, p. 390-391)

*“A expressão habeas corpus significa exiba o corpo, apresente a pessoa que está sofrendo ilegalidade na sua liberdade de locomoção. Habeas, de habeo, habes, habui, habitum, habere, que significa ter, possuir, apresentar, e corpus (corpus, oris), que se traduz por corpo ou pessoa. A expressão é ‘writ of habeas corpus’: ordem para apresentar a pessoa que está sofrendo o constrangimento. O instituto tem sua origem no Direito inglês. E foi em 15-6-1215, quando o rei João Sem Terra, ou Lackland, pressionado pelos barões e pelo clero, promulgou a ‘Magna Charta Libertatum vel concordia inter regem Johannem et barones’, que surgiu o germen do habeas corpus.”*

(TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, volume 4. São Paulo: Saraiva, 35ª Edição, 2013, p. 635-636).

A essência do *habeas corpus*, portanto, está justamente no contato direto do Juiz com o preso, para que o julgador possa, assim, saber do próprio detido a razão pela qual foi preso e em que condições se encontra encarcerado.

Não é por acaso, portanto, que o Código de Processo Penal brasileiro consagra regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu artigo 656, segundo o qual “recebida a petição de **habeas corpus**, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. De todos os dispositivos processuais que regulamentam o *habeas corpus*, talvez este seja o único que em hipótese alguma poderia faltar, eis que dá o nome ao instituto e encerra o seu elemento mais essencial. Nesse sentido, colaciono a lição de **AURY LOPES JÚNIOR** (*Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 12ª Edição, 2015, p. 1.130, grifos meus):

*“Quando o habeas corpus é de competência dos juízes de primeiro grau, o procedimento está previsto no art. 656.*

*A apresentação imediata do preso ao juiz é uma medida salutar, além de, como lembra PONTES DE MIRANDA, relacionar-se com o próprio nome da ação, que iniciava pela fórmula ‘trazer o corpo’. Deveria ser uma regra para o writ que tramita em primeiro grau.”*

É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada. Destarte, há que se prescrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas corpus* precisa ser reinterpretada após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nessa toada, uma primeira constatação parece inarredável: se é direito subjetivo do preso ser apresentado ao Juiz sem demora, também é evidente que nessa ocasião o preso poderá pedir a sua liberdade, como lhe assiste o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal (direito de petição). Esse pedido de liberdade nada mais é do que um pedido de *habeas corpus*, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, *verbis*: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Se, contudo, o próprio preso não fizer esse pedido, seu defensor, por dever de ofício, deverá pedir a sua liberdade. Se nem o defensor pedir a liberdade do detido, ainda poderá o Ministério Público pedi-la. Em último caso, mesmo que ninguém peça a liberdade do preso, ainda deverá o Juiz, constatando ilegalidade, soltá-lo de ofício, ou seja: conceder *habeas corpus ex officio*.

Em outras palavras, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de *habeas corpus* perante a Autoridade Judicial. Tem-se aqui terreno fértil para o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no que têm destaque os chamados de “direitos a organização e procedimento”, os quais, segundo pontua **ROBERT ALEXY**, “são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 488). Essa perspectiva contemporânea da dogmática juspublicista teve seus fundamentos expostos no magistério do professor **DANIEL SARMENTO** (“Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria” in *Arquivos de direitos humanos*. Volume 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65):

*“(...) na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites apara o Estado convertendo-se em norte da sua atuação.”*

É nesse sentido, outrossim, a lição de **J. J. GOMES CANOTILHO** ao sustentar uma “proteção jurídica temporalmente adequada” aos direitos fundamentais, os quais passam a exigir um suporte procedimental (processual) idôneo a garantir-lhes a eficácia material (“Constituição e déficit procedimental” in *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 79). Dessa premissa é possível desdobrar outras conclusões quanto a esse processo de *habeas corpus* que se instaura em Juízo, o que passo a detalhar.

Pois bem, como destacado acima, apresentado o preso ao Juiz, poderá ele mesmo, seu defensor ou o Ministério Público pedir a concessão da ordem. Residualmente, deverá o Juiz apreciar

a legalidade do ato de prisão, de ofício<sup>14</sup>. Em qualquer situação, a cognição judicial terá enfoque, basicamente, na qualificação do preso e nas circunstâncias em que foi detido<sup>15</sup>, como preceitua o artigo 654 do Código de Processo Penal.

Antes de decidir sobre a legalidade da prisão, porém, o Juiz deverá conceder ao preso a possibilidade de autodefesa através do interrogatório, que tem previsão expressa no *caput* artigo 660 do CPP, ao referir que “*efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá*”<sup>16</sup>.

Constatada a ilegalidade pelo Juiz, a ordem deve ser concedida de imediato, como se depreende da dicção do parágrafo segundo do artigo 660: “*se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento*”. Sendo assim, o prazo de 24 horas mencionado no *caput* do artigo 660 deve ser compreendido como o interregno integral para a conclusão do procedimento de que ora se trata. Isso porque a lei deve ser interpretada de forma sistemática, de modo que as suas normas tenham harmonia e concordância prática. Ora, se o Juiz constata a ilegalidade, deve decidir imediatamente, não fazendo o menor sentido que aguarde mais 24 horas para proferir a sua decisão, em detrimento da liberdade do preso. Assim, a compreensão correta do *caput* do artigo 660 e do seu parágrafo segundo deve ser a de que efetuada a prisão, no prazo de 24 horas devem ser realizadas as diligências necessárias (lavratura do auto de prisão em flagrante e condução do preso à presença da Autoridade Judicial), interrogado o detido e proferida decisão, esta imediatamente após o interrogatório.

Logicamente, esse prazo de 24 horas para a conclusão do procedimento em tela poderá ser alargado, desde que haja motivação idônea. Assim, por exemplo, em Municípios que não sejam sede de comarca ou cujo acesso seja excepcionalmente difícil, poderá não ser possível a apresentação do preso em 24 horas. Também no caso de o mesmo auto de prisão em flagrante envolver vários presos ou várias testemunhas, poderá não ser viável a sua finalização dentro de tal prazo. Outra situação que poderá gerar a impossibilidade de apresentação do preso em 24 horas se configurará quando ele precisar de atendimento médico urgente, com eventual internação.

Além disso, deve ficar consignado que entre o interrogatório e a decisão do Juiz, evidentemente, terão a oportunidade de se manifestar o Ministério Público e a defesa, por força da garantia do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

Quanto ao conteúdo da decisão judicial, as hipóteses legais que poderão configurar a ilegalidade da prisão também já estão previstas pelo artigo 648 do CPP<sup>17</sup>, em rol que não é exaustivo.

14 Art. 654. O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público(...)

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de **habeas corpus**, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

15 Art. 654. (...)

§ 1º A petição de **habeas corpus** conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

16 Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas

17 Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

Algumas situações previstas nesse dispositivo legal merecem especial destaque, na medida em que guardam perfeita correspondência com as disposições do artigo 310 do CPP<sup>18</sup>, que regulam do conteúdo da decisão judicial que aprecia a legalidade do auto de prisão em flagrante – o qual será necessariamente apresentado junto com o preso, no mesmo prazo de 24 horas (artigo 306, § 1º, do CPP<sup>19</sup>), sendo imperiosa a sua apreciação nesse mesmo momento.

Primeiramente, o inciso VI do artigo 648 do CPP se refere à constatação pelo Juiz de nulidade manifesta. Aqui se percebe a correlação com o inciso I do artigo 310 do CPP, que determina ao Juiz o relaxamento da prisão em flagrante ilegal.

Prosseguindo, o inciso I do artigo 648 se reporta à ausência de justa causa para a coação, o que deve ser compreendido, em visão sistemática, como a falta de prova da materialidade ou de indícios de autoria, o que impede a prisão preventiva (artigo 312, *caput*, do CPP<sup>20</sup>, *in fine*), ensejando a concessão da liberdade provisória (artigo 310, inciso III, do CPP).

Já o inciso V do artigo 648 do CPP menciona que a coação será ilegal quando a lei autorizar a fiança. Aqui se faz necessário breve esboço histórico sobre a política criminal brasileira em matéria de prisões provisórias.

Na sua redação originária, o Código de Processo Penal contemplava sistema processual em que a regra era a prisão e a exceção a liberdade. Preso o acusado em flagrante, assim permaneceria durante toda a instrução processual, exceto quando fosse admitida liberdade provisória, necessariamente mediante fiança. Esse é o motivo pelo qual o artigo 648, inciso V, do CPP remete à fiança, aliás, de forma atécnica, visto que a fiança era apenas a garantia que se exigia como condição para a liberdade provisória, esta sim o objeto da decisão judicial.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, sedimentou-se o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não toleraria a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvados os casos em que se fizesse presente a marca da cautelaridade, representada pelo *fumus commissi delicti* e pelo *periculum in libertatis*.

Hoje não mais se exige, portanto, a fiança como condição *sine qua non* para a liberdade provisória; ausente a cautelaridade, deverá ser concedida a liberdade provisória, com ou sem fiança

---

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade

18 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:  
I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo Único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

19 § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública..

20 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

(ou outra medida cautelar). Essa regra se haure da simples leitura do inciso LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal - “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” - que tem aplicabilidade imediata, por imposição do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo constitucional<sup>21</sup>.

Consequentemente, a regra do artigo 648, inciso V, do CPP deve ser interpretada no sentido de que será ilegal a coação quando a alguém não for franqueada a liberdade provisória, nos casos em que a lei a autoriza, com ou sem a exigência de fiança ou a imposição alguma outra medida cautelar, novamente se exigindo do Juiz a adoção da medida indicada pelo artigo 310, inciso III, do CPP.

Finalmente, preenchendo o ato de prisão as formalidades legais e não permitindo a lei a concessão de liberdade provisória, pois presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis*, não haverá coação ilegal, devendo o Juiz denegar a ordem de *habeas corpus* e converter a prisão em flagrante em preventiva (artigo 310, inciso II, do CPP).

Em suma, o procedimento ora analisado pode ser assim sumariado:

**a)** efetuada a prisão em flagrante e lavrado o respectivo auto pela Autoridade Policial, deverá o preso ser apresentado ao Juiz; **b)** o Juiz interrogará o preso quanto à sua qualificação e circunstâncias da prisão; **c)** Ministério Público e defesa poderão formular pedidos e apresentar as respectivas razões; **d)** imediatamente, o Juiz decidirá sobre a legalidade da prisão; **e)** todo esse procedimento, da prisão à decisão do Juiz, deverá ser concluído em 24 horas, salvo impedimento devidamente justificado.

Sendo esse, portanto, o procedimento legal do *habeas corpus* perante o Juiz de primeiro grau, que é deflagrado, como já mencionado, pela apresentação imediata do preso, insta apreciar o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP, a fim de aferir a sua compatibilidade com as normas processuais supracitadas.

### **A disciplina normativa do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP**

O artigo 1º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP dispõe que:

“RESOLVEM:

*Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de*

*San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.”*

Esse dispositivo enuncia, em primeiro lugar, o caráter meramente regulamentar do Provimento, reportando-se ao artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem como fundamento de validade e objeto de regulamentação. Note-se, contudo, que a mera enunciação do caráter regulamentar do Provimento não basta, sendo necessário verificar se as suas diversas disposições efetivamente se limitam a dar fiel cumprimento à norma convencional indicada (ou outra norma legal) ou se efetivamente inovam na ordem jurídica, como sustenta a autora.

Já a segunda parte do artigo 1º trata da “*apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia*”, o que é repetido pelo artigo 3º, que será examinado mais adiante.

Segue o artigo 2º do Provimento combatido, com a seguinte redação:

21 § 1 As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

*“Art. 2º A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.*

*Parágrafo único. A Corregedoria Geral da Justiça disciplinará por provimento a implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo e o cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.”*

A norma em questão traz disposição claramente administrativa, determinando como e quando a implantação da audiência de custódia será realizada no âmbito do TJSP. Limita-se o tribunal, assim, a organizar o funcionamento dos seus órgãos judiciais, sem tratar de qualquer questão relativa ao processo ou procedimento da audiência de custódia.

Prosseguindo, temos o artigo 3º do Provimento Conjunto 03/2015, com o seguinte conteúdo:

*Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.*

*§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.*

*§ 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.*

Não há, aqui, qualquer inovação na ordem jurídica. A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP<sup>22</sup>, assinalando-se que estas normas processuais tiveram a sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões *“se julgar necessário”* e *“em dia e hora que designar”*. Assim, a apresentação do preso vem fundada na ordem legal e convencional, que a todos vincula, inclusive à Autoridade Policial.

De fato, no campo das liberdades não viceja o arbítrio, nem floresce a iniquidade. Logo, embora conste do texto legal a expressão *“se julgar necessário”*, a interpretação do dispositivo que maior conformidade tem com a Constituição Federal é aquela que lhe atribui a aceção de dever do magistrado (poder-dever) e não de mera faculdade. Em síntese, a apresentação à Autoridade Judicial pode ser entrevista como direito subjetivo do preso e constar da política judicial dos órgãos do Poder Judiciário.

Por oportuno, à guisa de exemplo, é verificável uma ampla gama de dispositivos legais

<sup>22</sup> Art. 656. Recebida a petição de **habeas corpus**, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

Art. 657. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

- I - grave enfermidade do paciente;
- II - não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;
- III - se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.

trazidos pela legislação penal, material e adjetiva, contendo expressões que apenas aparentemente conferem faculdades ao Juiz ou ao Ministério Público, mas, na verdade, representam direitos subjetivos do acusado. O Código Penal traz expressões dessa espécie, por exemplo, nos artigos 44, § 3º, 68, parágrafo único, 77, 83, 121, § 1º, e 155, § 2º<sup>23</sup>; o Código de Processo Penal, nos artigos 282, § 5º, e 310, parágrafo único<sup>24</sup>, a Lei 9.099/95, nos artigos 76 e 89<sup>25</sup>.

Pelas razões expostas, conclui-se pela legalidade da apresentação do preso à Autoridade Judicial, não restando tal ato eivado de qualquer vício.

Deveras, o prazo de 24 horas para apresentação do preso decorre de duas normas processuais, quais sejam, as inscritas nos artigos 306, § 1º, e 660, *caput*, do CPP<sup>26</sup>. Como já acentuado anteriormente, a integralidade do procedimento de *habeas corpus* deflagrado pela apresentação do preso em Juízo deve decorrer no prazo de 24 horas, o que pressupõe que a Autoridade Policial efetue todas as diligências necessárias à lavratura do auto de prisão em flagrante e à condução do preso à presença da Autoridade Judicial nesse prazo. Nesse mesmo prazo, ainda, deverá a

23 § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

( ... )

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

( ... )

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

( ... )

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

( ... )

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

( ... )

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

24 § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

(...) Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

25 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...)

Art. 89 Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

26 Art. 306(...)

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante em caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

Autoridade Policial apresentar em Juízo o auto de prisão em flagrante, de modo que, coincidindo os prazos de apresentação do preso e do auto de prisão em flagrante (depreende-se da leitura sistemática da lei processual) a apresentação será simultânea, em 24 horas.

Por fim, só poderá ser postergada a apresentação do preso para além do prazo de 24 horas mediante fundamentação idônea, a qual poderá se basear na justificativa apresentada pela Autoridade Policial, afinal, *ad impossibilia nemo tenetur*. A recusa absoluta da Autoridade Policial em apresentar o preso, porém, tem as suas hipóteses taxativamente demarcadas, conforme dispõe o artigo 657 do CPP, que traz rol *numerus clausus* (excetuada a situação do inciso III, que deixava ao alvedrio do Juiz a apresentação do detido, de forma incompatível com o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem).

O artigo 4º do Provimento em comento, por sua vez, novamente contém apenas normas administrativas que conferem certas atribuições às unidades judiciárias vinculadas ao TJSP, para melhor execução das rotinas processuais inerentes à realização da audiência de custódia, como se extrai claramente do seu enunciado:

*“Art. 4º Incumbe à unidade vinculada ao juiz competente preparar o auto de prisão em flagrante para a audiência de custódia, realizando os atos de praxe previstos nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e juntar a folha de antecedentes da pessoa presa.”*

Eis, agora, a redação do artigo 5º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP:

*“Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.”*

O artigo 5º informa o direito garantido a qualquer investigado de conversar reservadamente com seu defensor, insculpido no § 5º do artigo 185 do CPP, o qual estabelece que *“em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”*. Constata-se, aqui, por conseguinte, mera regulamentação de dispositivo legal, sem nenhuma inovação no sistema jurídico nacional.

Passando ao artigo 6º do Provimento impugnado, temos o que segue:

*“Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.*

*§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.*

*§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.*

*§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318*

*do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.*

*§ 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata suscintos e que contere o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.*

*§ 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.*

*§ 6º As partes, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instrua a petição com mídia capaz de suportá-la.”*

O *caput* e o § 1º do artigo 6º do Provimento regulamentam o ato de interrogatório previsto pelo artigo 660, *caput*, do CPP<sup>27</sup> e preservam o direito do interrogado ao silêncio, consagrado pelo Texto Constitucional, em seu artigo 5º, inciso LXIII<sup>28</sup>. No âmbito infraconstitucional, o artigo 186 do CPP<sup>29</sup> dispõe sobre o direito do acusado de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Além disso, o conteúdo dessas perguntas fica restrito à qualificação do preso e às circunstâncias da prisão, o que está em harmonia com o artigo 654, § 1º, do CPP<sup>30</sup>, que limita a cognição do Juízo a essas questões, sem antecipação quanto a fatos que digam respeito ao mérito de eventual e futura acusação a ser formulada pelo Ministério Público ou querelante.

Os §§ 2º e 3º, em plena atenção ao princípio do contraditório, concedem ao Ministério Público e à defesa a possibilidade de manifestação perante o magistrado, que decidirá logo em seguida, por força do artigo 660, § 2º, do CPP<sup>31</sup>, pautando-se pelas disposições do artigo 310 do mesmo diploma legal<sup>32</sup>. Há, ainda, no § 3º, referência expressa ao artigo 318 do CPP<sup>33</sup>, que trata

27 Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas

28 LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado,

sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

29 Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa

30 §1º A petição de habeas corpus contere:

a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;

b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

31 § 2º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.

32 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II- converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III- conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

33 Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II- extremamente debilitado por motivo de doença grave- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

da prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva.

Finalmente, os §§ 4º, 5º e 6º do artigo 6º regulamentam o artigo 405, *caput* e parágrafos, do CPP<sup>34</sup>, que trata do registro das audiências, nada acrescentando de novo à sua disciplina

O artigo 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP estipula:

*“Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como: I- apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto; II- determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.”*

No que concerne ao inciso I do artigo 7º, trata-se de providência que é autorizada ao Juiz, mesmo agindo de ofício, para a produção antecipada de provas relevantes e urgentes, na forma dos artigos 156, inciso I, 158 e 168, *caput*, do CPP<sup>35</sup>.

Já o inciso II do artigo 7º decorre da previsão contida nos artigos 10 e 11 da LEP,<sup>36</sup> que

---

III- gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo

34 Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

35 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (...)

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

36 Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I – material;

II – à saúde;

dispõem sobre o direito do preso e do egresso à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

À guisa de encerramento, analiso os artigos 8º a 11 do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP de uma só vez, ante a uniformidade da natureza jurídica das normas neles contidas:

*“Art. 8º O mandado de prisão, se convertido o flagrante em preventiva, e o alvará de soltura, na hipótese de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão da liberdade provisória, serão expedidos com observância das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, aplicando-se, ainda, e no que couber, o procedimento disciplinado no artigo 417 e seus parágrafos do mesmo Diploma.*

*Art. 9º Será elaborado pela unidade vinculada ao juízo competente relatório mensal, que deverá conter:*

*I- o número de audiências de custódia realizadas;*

*II o tipo penal imputado, nos autos de prisão em flagrante, à pessoa detida e que participou de audiência de custódia;*

*III o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conversão da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente;*

*IV o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente.*

*Art. 10. Não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (art. 1.127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1.127, II, NSCGJ).*

*Parágrafo único. A regra do caput aplica-se até a efetiva implantação de rotina para transferência, aos finais de semana e feriados, de presos das unidades da Secretaria de Estado da Segurança Pública para os estabelecimentos da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária.*

*Art. 11. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação. Registre-se. Publique-se por três dias alternados. Cumprase.”*

Da simples leitura das normas colacionadas acima, evidencia-se o seu caráter exclusivamente administrativo, dispondo o tribunal, no exercício da sua autogestão, sobre a organização e funcionamentos dos seus órgãos judiciais, impondo novas rotinas cartorárias e disciplinando o modo pelo qual o serviço judiciário será prestado, mormente na fase de transição até a total implementação das audiências de custódia em todas as unidades jurisdicionais do TJSP.

### **Conclusão e dispositivo**

Exaurido o exame de cada um dos dispositivos que compõem o Provimento atacado, cons-

---

III – jurídica;

IV – educacional;

V – social;

VI – religiosa.

tata-se que os seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º limitam-se a regulamentar previsões legais e convencionais já referidas, sem extrapolar ou contrariar o conteúdo dessas normas, representando exercício lícito de poder regulamentar que a todas as autoridades administrativas é outorgado, para o fiel cumprimento da lei.

Frise-se que o regulamento, conquanto não deva exorbitar o que consta da lei, poderá validamente explicitar o seu conteúdo, como ocorre no caso em análise, quanto aos artigos acima mencionados. **HELly LOPES**

**MEIRELLES**, em excerto doutrinário reproduzido abaixo (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 28ª Edição, 2003, p. 176), expõe:

*“O regulamento, embora não possa modificar a lei, tem a missão de explicá-la e de prover sobre minúcias não abrangidas pela norma geral editada pelo Legislativo. Daí a oportuna observação de Medeiros Silva de que ‘a função do regulamento não é reproduzir, copiando-os literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil se assim fosse entendido. Deve, ao contrário, evidenciar e tornar explícito tudo aquilo que a lei encerra. Assim, se uma faculdade ou atribuição está implícita no texto legal, o regulamento não exorbitará, se lhe der forma articulada e explícita.’”*

É justamente o que ocorre na hipótese em tela. Os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento.

Sendo assim, não se observando exorbitância das aludidas normas regulamentares em relação à lei, que é seu fundamento de validade, não se abre a possibilidade de controle da sua constitucionalidade, resolvendo-se eventual inconformismo entre o regulamento e a lei (o qual, de qualquer forma, não vislumbro) no plano da legalidade.

É imperioso, consecutivamente, não conhecer a ação direta de inconstitucionalidade quanto aos artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP.

Quanto aos artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 do Provimento hostilizado, registro que veiculam comandos de mera organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa que lhe é outorgada pelo artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal. Daí decorre que, sendo normas que ostentam fundamento de validade situado diretamente na Constituição Federal, é possível o seu controle pela via da ação direta.

Ocorre, contudo, que os supracitados dispositivos do Provimento objurgado não violam reserva de lei instituída pela Constituição Federal, tampouco afrontam qualquer disposição material da Carta Política. Com efeito, nos termos já enunciados acima, o Tribunal de Justiça de São Paulo meramente organizou o funcionamento dos seus órgãos judiciários, estritamente dentro da esfera de atribuições inerente à sua autogestão, assegurada pelo artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Carta Política.

Não procedem, assim, os argumentos da associação autora.

Os princípios da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CRFB) e da reserva de lei federal em matéria processual (artigo 22, inciso I, da CRFB) foram observados pelo ato normativo impugnado. Como visto, o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem – reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de *status* jurídico supralegal.

Ademais, inexistia a apontada violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CRFB). De fato, não é o ato normativo emanado do Tribunal de Justiça que cria obrigações para os Delegados de Polícia (civis e federais), mas sim a Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>37</sup>, têm efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Repita-se: o Provimento hostilizado nada criou de novo no ordenamento jurídico nacional, apenas explicitando o sentido e o alcance de normas cogentes e em pleno vigor.

Desta sorte, embora seja inadmissível a ação direta de inconstitucionalidade de no que toca à parte meramente regulamentar do Provimento atacado, consigno a plena legalidade daquele ato normativo, que está em total harmonia com as normas convencionais e a legislação processual vigentes, sendo obrigatória, consecutivamente, a realização da audiência de apresentação desde logo e em todo o território nacional.

*Ex positis*, **CONHEÇO EM PARTE** da ação e, nessa parte, **JULGO IMPROCEDENTE**, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

É como voto.

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

### ESCLARECIMENTO

#### O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(**PRESIDENTE**) - Eu me permito, em breves minutos, fazer algumas considerações de ordem prática para dar o panorama fático sobre o qual repousa essa controvérsia toda.

O Brasil hoje é o quarto país que mais prende pessoas no mundo, depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Nós temos cerca de seiscentos mil presos no Brasil. Desses presos, 40% são presos provisórios, equivalendo a praticamente duzentos e quarenta mil presos provisórios, que ficam em média cinco a seis meses na prisão, sem ver o juiz; ou seja, sem culpa formada, em franca colisão com o princípio da não culpabilidade, que é um princípio basilar da nossa Constituição.

<sup>37</sup> Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Nós temos implantado essa - digo nós, no CNJ - audiência de custódia, mas, em boa hora, eu estou acolhendo a proposta do eminente Decano para que nós mudemos o nome da audiência de custódia para audiência de apresentação. Quando formos formalizar isso, por intermédio de uma resolução no CNJ, nós adotaremos e agora com o beneplácito do eminente Relator, Ministro Luiz Fux.

Mas nós já conseguimos implantar em doze Estados da Federação. Até outubro, nós pretendemos implantar essa audiência de custódia, ou de apresentação, nos vinte e sete entes federados. Nós, até lá ou até o final do ano, pretendemos deixar de prender cerca de cento e vinte mil pessoas, cidadãos, presos em flagrante. Isso representa, considerando o custo de cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais) em média por preso para os cofres públicos, uma economia mensal de R\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais). Multiplicando essa importância por doze, doze meses, nós teremos uma economia de 4,3 bilhões de reais por ano, que poderiam ser aplicados em educação, saúde, enfim os serviços públicos essenciais. Isso evidentemente corresponde, praticamente, à metade da carência de vagas que temos nos presídios brasileiros, que monta cerca de duzentos e cinquenta mil vagas faltantes. Evidentemente, aqueles que estão presos indevidamente serão também libertados. Isso aliviaria consideravelmente os problemas que temos hoje no sistema prisional brasileiro.

Nós temos entendido - nós, o CNJ -, assim como o eminente Relator agora que as normas internacionais, os tratados e convenções que o Brasil, em sua soberania, decidiu subscrever e depois internalizar, tendo em conta inclusive, enfim, a vontade do Congresso Nacional, que representa o povo brasileiro, isso desde 1992, portanto, há mais de 20 anos, já é uma lei interna, portanto é autoaplicável.

Nós estamos aguardando o término da aplicação dessa audiência de custódia, em termos experimentais, nos vinte e sete Estados, vinte e seis Estados e o Distrito Federal para, depois, aproveitarmos a experiência, regulamentarmos essa matéria e eventualmente até sugerimos um projeto de lei para o Congresso Nacional.

Mas, essa situação fática, eu creio que é uma revolução, porque, hoje, nós temos um índice de cerca de 50% de custodiados que são liberados, ou cuja prisão é considerada ilegal, portanto objeto de uma decisão de relaxamento dessa prisão, nos termos dos arts. 310, I, do CPP, ou, então, a concessão da liberdade provisória. Na maioria dos casos que temos acompanhado, os custodiados cometeram ou são acusados de cometer um crime de bagatela, ou um delito de menor potencial ofensivo, e, portanto, não apresentam a menor periculosidade para a sociedade e ocupam durante meses, às vezes, até anos, as vagas destinadas àqueles presos violentos, aqueles que colocam em risco a harmonia social.

Apenas umas breves reflexões que ousou apresentar à reflexão do Plenário antes de colher os votos dos demais componentes da Corte.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhor Presidente, tenho a honra de acompanhar o voto do eminente Relator, registrando que tive oportunidade de presenciar uma audiência de custódia, uma audiência de apresentação, presidida por Vossa Excelência na ambiência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e constatei, do ponto de vista prático, todos esses elementos extremamente favoráveis e positivos do procedimento, tal como adotado e encapado no voto do eminente Relator, Ministro Luiz Fux.

Por isso, acompanho e saúdo também os ilustres defensores que da Tribuna suscitaram aspectos relevantes para o julgamento desta causa. E, do ponto de vista da conclusão, apenas averbo que o acolhimento desta preliminar do não conhecimento - porque o debate, a rigor, é de legalidade e, portanto, de infraconstitucionalidade - parte do ponto de vista da atual percepção que se tem aqui, neste Colegiado, do Pacto de São José da Costa Rica. Como o eminente Ministro Luiz Fux suscitou, esse tema, quiçá, voltará à discussão. Tenho a liberdade de averbar minha inflexão pela percepção dessa Convenção no seu patamar de natureza constitucional, portanto num patamar mais elevado do que a configuração atual. Nada obstante, o entendimento dominante é esse e, de qualquer sorte, não se deve conhecer, nesta parte, da pretensão de declaração de constitucionalidade, eis que o debate constitucional, neste momento, não se coloca.

E, no demais, a letra “a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento de seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos. Portanto, também não há vício algum de inconstitucionalidade.

Por essas razões, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Senhor Presidente, também acompanho o voto do eminente Ministro Luiz Fux. Para falar a verdade, fiquei um pouco infeliz com o resumo, porque fiquei interessado em ler a íntegra do voto, que pretendo fazer no sistema assim que ele tenha sido postado, já que envolve uma questão extremamente relevante e importante, à qual voltaremos, que diz respeito a essas relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional e o Direito Comparado.

Não tenho dúvida de que compete, Presidente, ao Supremo Tribunal Federal definir o que vale internamente no Brasil. Porém, essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as Cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as Cortes internacionais de Direitos Humanos.

Portanto, penso - até li um trabalho recentemente do Professor Daniel Sarmento sobre esse ponto - que a questão não é propriamente de hierarquização, e sim de diálogos institucionais em busca do melhor argumento e da melhor forma de se defenderem os Direitos Humanos. E o entendimento que tem prevalecido no Direito europeu é o de que não há propriamente hierarquia, mas deve prevalecer a cláusula que proteja mais adequadamente os direitos....

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência me permite uma pequena intervenção?

Eu tive a oportunidade recentemente e trouxe à colação, no meu voto sobre as prisões, um ponto de vista do Professor Fábio Konder Comparato, em que esse eminente Professor mostra que os dois sistemas, o sistema internacional e o sistema interno, são, na verdade, complementares, há uma relação de complementariedade, e não de hierarquia entre os dois sistemas. É um ponto de vista que nós, talvez, possamos possamos futuramente apreciar.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - O Professor Fábio Comparato, num livro clássico que tem, chamado "Afirmação histórica dos Direitos Humanos", em que ele junta essas convenções, mas ele faz uma introdução alentada a esse livro, que é uma das peças felizes e inspiradas, eu diria, da defesa dos Direitos Fundamentais no Brasil.

Mas o que queria dizer, Presidente, só para concluir essa brevíssima introdução e o meu voto, que será igualmente breve, é que vivemos uma época em que há uma espécie de migração das ideias constitucionais, elas circulam pelo mundo, e, portanto, eu acho que cabe aos Tribunais Constitucionais apropriarem-se das melhores ideias que existem nesse mercado de ideias. Eu diria que essa é a face virtuosa da globalização, a qual é uma certa universalização dessa ideia de Direitos Humanos.

E, embora nós todos, ou eu pelo menos, mas creio que nós todos sejamos respeitosos da ideia de multiculturalismo, e que cada povo deve poder praticar a sua cultura, eu pessoalmente também sou militante da ideia de que existe uma reserva mínima de justiça representada pelos Direitos Humanos que deve ser universalizada, não com as Forças Armadas, mas num debate de ideias e de persuasão.

Feito esse breve registro, Presidente, apenas, esse tema me interessa desde a minha tese de titularidade feita em outra vida, na década de 90, eu estou acompanhando o Ministro Luiz Fux, porque entendo que a audiência de custódia está prevista no item 7.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e que, portanto, basicamente o que faz o ato impugnado é regulamentar, porque não é nem internalizar, porque a convenção já foi internalizada, de longa data, pelo Decreto nº 678 - até anotei, ela foi internalizada não...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Isso, 678, de 6/11/1992.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - De 1992, foi internalizada com atraso, Ministro Celso, porém, não tarde demais.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Por óbvias razões, **eis** que o País se achava, *naquele momento histórico*, sob a égide de um regime cujos curadores notabilizaram-se pela supressão das liberdades públicas e pela intensificação do modelo despótico que asfixiou os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Por motivos compreensíveis, porque vigia o regime militar no Brasil.

Portanto, não há necessidade de internalização, ela já é norma eficaz no plano do Direito brasileiro. E, de acordo com o estado da arte da jurisprudência do Supremo, é uma norma internalizada com **status** supralegal.

Houve esse debate rico, lembro-me bem de que o Ministro Marco Aurélio não se pronunciou e disse: não há, não preciso me pronunciar sobre isso para decidir essa questão, reservo-me para falar mais adiante. E vamos voltar a esse debate, como lembraram o Ministro Fux e Ministro Luiz Edson Fachin.

Dessa forma, a Resolução do Tribunal de Justiça meramente regulamenta uma norma que já vigia no Direito brasileiro sem **status** constitucional, de acordo com a jurisprudência do Supremo.

Assim, é manifestamente incabível, nessa parte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, como penso, acompanhando, então, o eminente Relator nessa e na restante conclusão, quanto à parte que conheceu e negou procedência.

É como voto, Presidente.

\*\*\*\*\*

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, a questão da natureza do Pacto de São José da Costa Rica surge, na verdade, porque a convenção trata de direitos humanos. Se tratasse de outros temas, penso que não haveria dúvida a respeito da sua natureza equivalente à lei ordinária, e há afirmação do Supremo Tribunal Federal, desde muito tempo nesse sentido.

A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal.

De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto.

Independentemente da determinação do Pacto de São José da Costa Rica e do próprio Código de Processo Penal, como mostrou o Relator, existem certas situações em que a apresentação do preso imediatamente ao juiz decorre da natureza do delito pelo qual ele é acusado e da funcionalidade do próprio sistema.

Hoje mesmo estamos discutindo o art. 28 da Lei de Drogas. E o § 2º do art. 28 estabelece:

“Art. 28.....

.....

§ 2º - Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

Quando ele fará isso? Ele fará isso imediatamente depois da prisão. Não há outro modo de efetivar essa competência adequadamente, porque, dessa decisão do juiz, depende necessariamente a manutenção da prisão ou não. Essa decisão deve ser tomada imediatamente. Ou seja, há certas circunstâncias que impõem a apresentação do preso imediatamente, como é o caso.

Portanto, vou acompanhar o Relator. Eu apenas acrescentaria que se impõe, por coerência, não apenas que se recomende aos Tribunais que adotem a audiência de apresentação do preso, mas que, de alguma forma, se incentive para a aplicação imediata e universal. Se esse é um direito do preso, que decorre da Convenção Americana dos Direitos Humanos - e é isso que estamos dizendo -, é importante que a implementação desse direito se faça imediatamente. Eu suponho que o CNJ esteja tomando providência, mas, talvez, seja recomendável editar uma regulamentação em caráter nacional, pelo menos para estabelecer normas gerais que possam ser aplicadas por todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Federais e Militares, se for o caso.

### **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

**(PRESIDENTE)** - Ministro, agradeço o voto excelente de Vossa Excelência, sempre muito objetivo e também pleno de aspectos pragmáticos, apenas para dizer-lhe que o CNJ está se reservando um pouco para regulamentar a matéria, porque ele quer verificar quais são os pontos positivos e negativos das várias experiências locais.

Quero assinalar, desde logo, que o Espírito Santo tem uma experiência excepcional nessa matéria. Como foi dito da tribuna, é um dos Estados que melhor leva a cabo a audiência de custódia. Inclusive, a Defensoria Pública, a meu ver, merece os parabéns desta Corte pelo esforço que tem empreendido no sentido de aperfeiçoar, ao máximo, essa experiência.

Então, haurindo a experiência de todos os Estados, quem sabe até o final do ano, nós pretendemos apresentar ao Plenário do CNJ uma regulamentação a nível nacional, aproveitando essas experiências todas. Agradeço a vossa excelência.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO****D E B A T E****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -**

Presidente, um breve comentário sobre uma questão técnica levantada pelo Ministro Teori.

Em rigor, a impugnação recai sobre o ato normativo do Tribunal de Justiça de São Paulo, e não houve invocação, como paradigma, da Convenção Interamericana. Portanto, a minha posição pelo não conhecimento é porque se trata claramente de um ato infralegal e secundário, pois o ato primário é a Convenção internalizada. Dessa forma, nós não estabelecemos aqui uma discussão se é possível ou não utilizar a Convenção Internacional como parâmetro, como paradigma para a verificação de inconstitucionalidade, que é uma outra discussão.

Aqui, eu me manifestei - e acompanhando o Ministro Fux, que também se manifestou assim - pelo caráter normativo, secundário da Resolução do Tribunal de Justiça de São Paulo.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu também estou acompanhando o Ministro Fux. Apenas fiz o comentário, porque esse assunto da hierarquia da Convenção foi debatido.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Mas a Resolução cita diretamente a Convenção.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Agora, se o Tribunal se animasse a determinar a todos os Estados, a todo o Judiciário que adotasse providências para colocar essa experiência em prática, eu louvaria; acho que daríamos um passo, inclusive, importante; ou recomendasse....

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu sugiro, porque entendo que isso seria **extra petita**.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Isso.

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

## VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu estou acompanhando o eminente Ministro-Relator. Eu só perguntaria exatamente o fecho, a parte dispositiva proposta por Sua Excelência.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Sua Excelência conhece em parte e, na parte conhecida, julga improcedente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Conhece em parte e na parte conhecida, julga improcedente?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Julga improcedente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu, na verdade, acompanho, então, o eminente Relator, resguardando a minha posição pessoal para debate, justamente com relação a esse tema que diz com a própria a hierarquia dos tratados internacionais. No caso, o Pacto de São José da Costa Rica já assegura, como foi muito bem definido aqui, a essa audiência, que nós agora vamos chamar de apresentação, de uma maneira muito mais adequada, do réu, ou do investigado.

Então, estou acompanhando, mas, no momento - considerado, como diz o Ministro Luís Roberto, o estado atual da arte da jurisprudência do Supremo -, a atribuir um caráter supralegal, apenas, ao tratado, resguardada minha posição pessoal a respeito.

#####

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

## ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor

Presidente, eu tenho a impressão de que procurei ser minimalista, porque há uma repercussão geral para esse fim.

O voto do Ministro Gilmar tem sessenta oito páginas, o voto do Ministro Celso tem cinquenta cinco, e nós estamos julgando uma questão específica.

Então, esse tema vai entrar com uma nova composição, um outro debate.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E que, de certa forma, Ministro, foi impactada por uma mudança constitucional.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Pois é, mudança constitucional.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Que passou prever um rito específico para os tratados de direitos humanos. Portanto, há variáveis novas e relevantes.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** – Exatamente. Na verdade, nessa questão, eu procurei utilizar como premissa a jurisprudência atual que está prevalecendo, que é voto do Ministro.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Agora, só refletindo em voz alta: ainda que esse Tratado seja anterior à Emenda 45, nós podemos pensar se as normas penais, *in bonam partem*, não retroagem também.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - É, o Ministro Celso fala em bloco de constitucionalidade. É um voto - como todos os votos do nosso Decano - extremamente convincente, mas tem de ficar para a hora certa, porque isso aqui poderia.....

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - É claro, sem dúvida.

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ministro Fux, eu queria saber: qual é o ponto que Vossa Excelência não conhece?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, eu entendo, eu conheço em parte, porque, nessa parte em que a petição inicial assenta que há um conflito entre o Código de Processo Penal e o provimento, eu acho que isso é um confronto de ilegalidade. O provimento pode até ter uma menção à convenção; a menção à convenção nos serve de fundamento para nossa conclusão.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Acho que o debate é extremamente oportuno e importante, inclusive, agora o ponto que Vossa Excelência mencionou - queria cumprimentá-lo pelo voto - e também para o ponto ao qual chama atenção o ministro Teori, que é essa questão do possível controle de convencionalidade, que dizer, como nós vamos lidar com isso a partir da própria jurisprudência do Tribunal.

Mas há um outro ponto que eu já tinha até anotado em textos e, na verdade, é até um processualista alemão que chama a atenção tendo como base Werner Beulke. Ele chama a atenção para a Convenção, a influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos no Direito Penal e no Direito Processual Penal. E, aí, é até uma coisa curiosa, embora as normas não tenham força normativa, como regra geral etc., ele até faz uma anotação direto, mas nos diz: essas normas começam a ser lidas com o conteúdo - as normas constitucionais, como, por exemplo, a cláusula do devido processo legal - que lhes dá um dado tratado ou Convenção Internacional.

Então - é curioso -, ele diz o seguinte:

*“A adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por muitos países fez com que ocorresse expansão singular de direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu.”*

Muitas dessas questões, inclusive, acabam chegando ao Tribunal de Estrasburgo.

*“Mediante uma interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Europeia, tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição. Tendo em vista a praxis dominante na Alemanha, observa **Werner Beulke** que tal orientação culmina por conferir supremacia fática*

*da Convenção Europeia em face do direito alemão.”*

E aí ele diz:

*“Alguns direitos relevantes reconhecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos: proibição de tortura; direito à liberdade” - considerando que a Constituição alemã não é tão detalhada em matéria de garantias constitucionais processuais - “e à segurança, especialmente o direito de imediata apresentação do preso para aferição de legitimidade de eventual restrição à liberdade*

*(...)”*

No caso, esse dispositivo específico consta, de qualquer forma, da Constituição alemã.

*“(...) direito ao devido processo legal (fair trial) , especialmente a um processo submetido ao postulado da celeridade; direito à imediata informação sobre a forma (tipo penal) e a razão (fato) da acusação; direito à assistência gratuita” - no caso deles é importante - “de tradutor ou intérprete; direito à assistência jurídica; direito de inquirir ou de fazer inquirir as testemunhas de acusação;” - princípio da legalidade em sentido estrito, em matéria penal, no que concerne à tipificação de condutas e à culminação legislativa de sanções - (*nulla poena sine lege*); abolição da pena de morte.*

Registra Beulke que o direito ao devido processo legal contemplado no artigo 6º da Convenção configura direito de caráter geral abrangente dos direitos especiais que deles derivam.

Eu estava, nesse contexto, então, especulando se, a rigor, com as mesmas premissas, não seria devido, a partir da admissão da Convenção Interamericana, ler o disposto, por exemplo, aqui, na cláusula do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” - com o conteúdo que lhe dá a própria Convenção Interamericana, à parte da possibilidade aventada pelo ministro Teori de se fazer, talvez, o contraste direto. Mas o curioso é que, na prática, isso, para o qual ele chama a atenção, passa a ocorrer, porque, internalizada a Convenção, nós passamos a ler o Texto Constitucional, como cláusula do devido processo legal, com esses conteúdos. Portanto, há um tipo de - vamos chamar assim - modificação positiva no sentido de iluminar o conceito jurídico indeterminado como uma cláusula: o princípio do contraditório ou a cláusula do devido processo legal.

Então, apenas pontuando, vou acompanhar Vossa Excelência, mas...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ministro Gilmar, até porque ele não questionou materialmente o dispositivo da audiência de custódia. O questionamento é de natureza formal. A tese é de que isso seria competência da União, e não dos Estados, e que haveria reserva legal. Portanto, não está em jogo o conteúdo material da Convenção.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** – Claro!

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Por isso, penso,

Presidente, que deveríamos ficar na extinção pura e simples do processo.

A norma se mostra realmente secundária, como ressaltou o ministro Luís Roberto Barroso, no tocante à Convenção Internacional e ao disposto no artigo 306 do Código de Processo Penal, que prevê a apresentação, em vinte e quatro horas, do preso ao juiz.

Deve-se manter a jurisprudência do Tribunal e não vislumbrar, no caso, ato abstrato autônomo formalizado, editado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e extinguir, simplesmente, o processo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Na verdade, não acredito que seja juízo de secundariedade, não. O próprio ato invoca a Convenção no preâmbulo e depois também em seu articulado.

Agora, em relação a esse ponto, para mim parece evidente, ele está dizendo: é inconstitucional, porque não foi legislação federal. Qual seria a resposta? Não é inconstitucional, porque há legitimidade por parte inclusive da Convenção.

Então, o juízo que nós temos de emitir é, de fato, de improcedência do pedido, porque nós estamos a dizer: o ato é materialmente constitucional. Quanto ao fato de ele ter ou não se insurgido contra a Convenção, também isso não é relevante, porque aqui a *causa petendi* é aberta.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não, mas nós estamos dizendo que a Resolução, que é um ato normativo secundário que meramente disciplina o que já vige.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas eu tenho a impressão de que - vamos assim - a postura mais consequencialista teria um efeito muito mais pedagógico. Eu não me oporia de, eventualmente, nós partirmos para um resultado mais...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Aí eu vou votar divergente, porque a minha tese é: um ato normativo secundário do Tribunal de Justiça regulamentou um instituto que já está internalizado no Direito brasileiro por uma norma infraconstitucional. Portanto, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe controle de constitucionalidade em ação direta. É um ato normativo secundário que sequer questiona, do ponto de vista material, a audiência de custódia. Ele menciona a audiência de custódia apenas para dizer, sem explicar, que, diante da Convenção de Costa Rica, houve impropriedade no meio empregado no provimento conjunto. Portanto, não há nenhuma objeção ao conteúdo material da Convenção para que se faça um controle de convencionalidade se nós evoluíssemos para achar que cabe. A questão aqui é bem mais simples: um ato normativo secundar um provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - E a *ratio decidendi* vai explicitar que é legal essa audiência.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Portanto, a minha tese é: trata-se de um provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento jurídico, tem caráter secundário e não comporta apreciação.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Foi o que eu defendi.

Até porque, se nós levássemos para o plano da constitucionalidade, o Tribunal não teria ....

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Perdão, mas aí há uma série de impugnações da inicial, por exemplo, há uma impugnação ao princípio da separação dos Poderes.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não é disso que se cuida. Tanto que, na verdade, essa prática só começa a ser desenvolvida a partir da expedição da Resolução.

Aqui, é um raciocínio de saber se esse ato normativo tem o condão de inovar algo na ordem jurídica. Sim! Como reconhecemos, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal, que pareceres da Consultoria Geral da República eram passíveis de conhecimento no âmbito, porque tinham con-

teúdo normativo capaz de inovar algo na ordem jurídica. E é o que estamos reconhecendo aqui, porque, até então, isso não se implementava.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Acontece que não inovou. Aí é que está o problema.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não se implementava, mas a norma já vigia, a Convenção vige no Brasil desde 92 . Era não efetiva, mas vigente.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – A convenção e, também, o artigo 306 do Código de Processo Penal.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E não conhecer, como disse o ministro Fux, tem uma outra consequência: nós vamos deixar essa questão sendo discutida no regime do sistema difuso, se há contestação dos delegados, poderá haver, daí a importância exatamente do esclarecimento dessa matéria.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Nós estamos dizendo exatamente o contrário. Nós estamos dizendo: já é norma vigente e que está sendo tardiamente implementada. É isso que estou dizendo.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Mas é que se nós não conhecermos ou, enfim, entendermos que a matéria é infraconstitucional.....

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Nós não estamos conhecendo, porque já existe norma tratando dessa matéria, e a norma secundária não inovou.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Devemos superar a questão da secundariedade e reconhecer a plena constitucionalidade do ato. Essa é a minha posição, que coincide com a do Relator.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Perdão, inclusive, se me permite, eu vendo aqui a inicial, até subscrita pelo eminente Wladimir Reale, que é um grande advogado, representando a ADEPOL, ele formula duas ofensas à Constituição, claramente. Em primeiro lugar, diz que ofendeu à competência federal para legislar sobre Direito Processual e o princípio da legalidade, portanto, também estaria sendo ofendido. E depois ele alega ofensa ao princípio da divisão de Poderes. E nós aqui estamos afirmando que não há, embora conhecendo apenas parcialmente da questão.

Eu penso que, do ponto de vista prático e do ponto de vista didático, pedagógico, seria muito importante que nós adotássemos a conclusão do eminente Relator para...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, agora até, vamos dizer assim, raciocinando, essa é uma ação proposta contra o provimento do Estado de São Paulo. Não me consta que isso vá vincular mais alguém, não é verdade? Agora, eu vou sugerir, em *obiter dictum*, que essa prática seja adotada.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E todos nós estamos endossando, aqui e agora, a conveniência da audiência de custódia e da generalização pelo País da aplicação da Convenção Interamericana. Portanto, essa tecnicidade que nos impede de ir ao mérito não nos impede de deixar inequivocamente clara a nossa posição sobre a importância da audiência de custódia, como tem pregado o nosso Presidente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - E vai constar da ementa e do acórdão: a legalidade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – É. Claro. A jurisprudência do Tribunal consagra essa ideia.

Veja, se estivéssemos nessa relação, que não é do que se cuida, um regulamento, tecnicamente, que desborda de uma lei, ele não é só ilegal, ele é inconstitucional. Mas por que se opta por esse nosso modelo? Por uma jurisprudência defensiva. Tanto é que, por exemplo, no modelo austríaco, admite-se exatamente o controle de constitucionalidade do regulamento em face da

lei, por considerá-lo inconstitucional. Tanto é que o Tribunal, toda a vez que esteve diante de situações mais extremadas, a despeito da jurisprudência, optou por conhecer da ADI contra o ato regulamentar, exatamente para não deixar essa perplexidade.

Por outro lado, se nós não nos pronunciarmos e entender pelo não conhecimento, na verdade, não vamos ter nem dos efeitos da coisa julgada, nem da eficácia *erga omnes*, nem do efeito vinculante da decisão.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Com todas as vênias, nós temos o efeito de uma norma em vigor - artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, Direito à Liberdade Pessoal, artigo 7º, I, V:

“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável

(...) “

Portanto, o que eu estou dizendo é que esta é uma norma devidamente internalizada no Direito brasileiro e que não foi objeto de nenhum tipo de impugnação. Então, essa é a norma. O que Vossa Excelência tem feito nos últimos tempos é dar efetividade a essa norma, mas a norma já existe.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Presidente, então, vou superar a questão do conhecimento e, no mérito, vou acompanhar o voto do ministro Fux, ressaltando esse aspecto importante, a meu ver, de que de fato, devemos ler, sim, cláusula como a do devido processo legal, com o conteúdo que lhe empresta, na espécie, o texto da Convenção, que determina que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz.

E, aí, também entendo que Sua Excelência poderia deixar assente, à guisa de tese, tal como insiste o ministro Barroso, a obrigatoriedade, como se estivéssemos assentando, sim, os fundamentos determinantes, porque, claro, a decisão que nós estamos a assentar é a decisão de São Paulo, evidentemente, mas assentar também que é dever proceder-se à apresentação do preso ao juiz.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Nessa parte, eu estou de pleno acordo, quer dizer, no efeito prático, no que se produz de resultado, eu acho que estamos todos de acordo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - É, eu, inclusive, assento que é um direito fundamental, afirmei que é um direito fundamental; na dimensão objetiva, tem que fazer alguma coisa para realizar esse direito fundamental, e vou colocar na ementa, e não vai haver dúvida alguma.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Pronto.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Eu colocaria exatamente a tese final para dar a abrangência que Sua Excelência pretendia desde o início.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A tese, em **obiter dictum**, mas com ratificação de todos de que esse dispositivo da Convenção Interamericana é internalizado e deve ser respeitado, todo estamos de acordo. E Vossa Excelência colocá-la no voto, eu acho que fará diferença para bem.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Ele é fundamento do voto.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - O ministro Celso inclusive chama a atenção de que alguns Ministérios Públicos estaduais estão contra a orientação que foi adotada, o que causa exatamente a litigiosidade.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Penso que a formulação de um juízo **negativo** de cognoscibilidade da presente ação direta **faria crescer a situação de litigiosidade** em torno do Provimento Conjunto TJSP nº 03/2015 e, em última análise, do próprio instituto da audiência de apresentação, designação que prefiro à expressão “*audiência de custódia*”.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência tem razão. Não só, e alguns policiais civis e alguns Estados também, por razões até que desconheço.

Então, seria muito importante que o Supremo dirimisse, de uma vez por todas, essa questão para que não houvesse mais, enfim, controvérsias no plano do controle difuso de constitucionalidade.

20/08/2015

PLENÁRIO

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, observo a organicidade e a dinâmica do Direito. Antes de adentrar o mérito propriamente dito, devo examinar o objeto do controle concentrado de constitucionalidade: se, no caso, a inicial está dirigida contra ato abstrato autônomo, ou se está dirigida, como sustentado pela Procuradoria-Geral da República, contra ato secundário.

Logicamente, a vinda da ADEPOL ao Supremo está ligada ao artigo 1º do ato do Tribunal de Justiça de São Paulo, porque, quanto ao mais, não teria a ADEPOL legitimidade para impugnar esse ato, ato primeiro que, alega-se, implicou a normatização de tema processual, a normatização, repito, abstrata e autônoma.

Constato que, no caso, não inovou o Tribunal de Justiça no campo normativo. Simplesmente, em observância a uma convenção internacional, diria também, em observância ao disposto no artigo 306 do Código de Processo Penal, previu a realização da audiência de custódia. Para que ocorra essa audiência de custódia, indispensável é que esteja presente o preso em flagrante. O que nos vem do § 1º do artigo 306?

“§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas” – prazo previsto no ato do Tribunal de Justiça de São Paulo –, “após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante...”

Em interpretação integrativa, há de haver apresentação do preso.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Ministro Marco Aurélio, até pedindo vênia a Vossa Excelência, concordando e pedindo vênia, no afã de sintetizar a controvérsia, eu, por exemplo, nessa mesma linha de pensamento de Vossa Excelência, eu concluí aqui no voto:

“Deveras, o prazo de 24 horas para apresentação do preso decorre de duas normas processuais, quais sejam, as inscritas nos artigos 306, § 1º, e 660, **caput**, do CPP.”

Eu fiz incluir exatamente esse raciocínio que Vossa Excelência está desenvolvendo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, penso, Presidente, que não devemos, tendo em conta o móvel, que seria acolher, como muito profícua, a audiência de conciliação, excepcionar o que temos feito no dia a dia e admitirmos o controle concentrado de constitucionalidade, mesmo porque o Supremo não é órgão consultivo. Temos de decidir a matéria tal como colocada. Trazida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, revela que se quer infirmar ato secundário, não ato primário. Por isso, concluo pela extinção do processo sem julgamento da matéria de fundo.

Digo mais: se admitida a ação, se se entender que o Tribunal de Justiça de São Paulo inovou

no campo normativo, com toda vênia, em que pese a valia das audiências de conciliação, terei que acolher o pedido. Não poderei fugir dessa conclusão, porque decorre da lógica. Tribunal não legisla sobre matéria processual.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ministro Marco Aurélio, a observação é muito importante, Presidente. Se acolhermos essa tese, aí, então, vamos ter que considerar que, só por nova lei, é possível instituir isso.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Sim, e que, no caso, teria o Tribunal se imiscuído na administração da própria Polícia, ou seja, lançado, no cenário normativo, ato abstrato, autônomo, compelindo os delegados de polícia a procederem dessa ou daquela forma.

Assento, Presidente, que, no caso, tem-se que examinar apenas o que foi questionado pela ADEPOL – e presumo que tenha sido atacado, porque raciocínio considerada a ordem natural das coisas –, a determinação de apresentação, e, considerado o artigo, vou repetir: não inovou o Tribunal de Justiça no campo da normatividade; simplesmente considerou a Convenção Internacional, de há muito acolhida pelo Brasil, e também o disposto, ante a última reforma do Código de Processo Penal, no parágrafo, a que me referi, do artigo 306.

Concluo pela extinção e, já adianto: se o Tribunal admitir o controle, terei voto no mérito e caminharei no sentido de acolher o pedido formulado pelo requerente.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Então, Vossa Excelência não conhece da Ação?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Não, extingo o processo sem julgamento do mérito.

E, vencido nessa parte, Presidente, como não imagino que Tribunal possa disciplinar tema processual, da competência exclusiva da União -, acolho o pedido formulado.

20/08/2015

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** *Peço vênia* para acompanhar, *integralmente*, o voto do eminente Ministro Relator. Desse modo, **conheço** da presente ação direta de inconstitucionalidade para, *em consequência*, julgar improcedente o pedido.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Esse não é o voto do Relator, a menos que ele tenha mudado. Ele conhece em parte.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Tive a impressão de que o Ministro LUIZ FUX teria alterado, em momento posterior, a parte dispositiva de seu voto.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Basicamente, a minha proposição é consequencialista. Então, a minha proposição foi exatamente a de manter a higidez dessas audiências de custódia.

Mas tecnicamente entendi que a fundamentação trazida foi do confronto do provimento com a norma supralegal, e não com a Constituição Federal, e, portanto, não haveria aí fundamento para o controle de constitucionalidade. O resultado vai ser basicamente o mesmo, porque, de uma maneira ou de outra, nós vamos manter a higidez da audiência de custódia.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Imaginei que Vossa Excelência houvesse evoluído no sentido do conhecimento integral da presente ação direta.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, eu fiquei bem impressionado com a tese do Ministro Gilmar de que está encartada,

dentro da cláusula do devido processo legal, a apresentação do preso vinte quatro horas depois.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Com esse esclarecimento do Relator, Senhor Presidente, **acompanho** o dissenso parcial registrado.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu acho que o Ministro Gilmar me acompanhou, sem prejuízo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Eu tinha entendido que nós tínhamos acompanhado.....

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Uma solução de compromisso, ele ia deixar explícita a posição de que é geral.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu vou deixar explícita a posição.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência não está conhecendo em relação ao contraste com o Código de Processo Penal?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** – Exato.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Só isso?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Só. É isso.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Os elementos adicionais, *agora bem explicitados* pelo eminente Relator, **permitem-me** acompanhar Sua Excelência **para confirmar**, *no plano material*, **a inteira validade jurídico-constitucional** do Provimento Conjunto nº 03/2015 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **que se limitou**, *de modo plenamente legítimo*, **a conferir** efetividade **ao que dispõe** o Artigo 7º, item n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, **tendo em vista** a circunstância de que as normas **definidoras** dos direitos e garantias fundamentais **revestem-se**, *em nosso sistema normativo*, de aplicabilidade direta e imediata (**CE**, art. 5º, § 1º).

**É o meu voto.**

20/08/2015

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu acompanho integralmente também, *data venia*, o voto do eminente Relator.

Eu vejo que a inicial tem duas partes. Uma parte, em que se alega um conflito com o Código de Processo Penal. Então, nesse âmbito, Sua Excelência, o Relator, não está conhecendo, porque é matéria infraconstitucional claramente. Todos eles, inclusive o Ministro Barroso aqui acaba de me mandar uma mensagem pela intranet, dizendo que acompanha integralmente Vossa Excelência. Então, nessa parte, dou razão ao ministro Marco Aurélio - em parte também -,

porque não podemos conhecer, como temos feito, é matéria absolutamente inconstitucional.

Aqui, o autor desta Ação de Inconstitucionalidade diz claramente o que o provimento do Estado, do TJ de São Paulo, pretende é criar normas de competência, de capacidade e modos de agir de agentes públicos para realização de atos de natureza processual que conflitam com o Código de Processo Penal. Portanto, essa é matéria infraconstitucional não podemos conhecer.

Mas, quando o subscritor da inicial alega que há ofensa - expressamente, ele consigna isso ao art. 22, inciso I, da Constituição -, em que ele pretende dizer que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal Processual, dentre outras matérias que esse inciso abriga, ele está implicitamente dizendo que o Pacto de São José de Costa Rica não tem a normatividade suficiente para se tornar autoaplicável, no que eu entendo que, evidentemente, o autor está equivocado. Além disso, ele invoca ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, ofensa ao Princípio da Legalidade e também ofensa ao próprio Princípio Federativo.

Nesse aspecto, eu acompanho Vossa Excelência para dizer que há, sim, *data venia*, matéria constitucional nesse caso, a ser discutida pelo Plenário.

Conheço, em parte, tal como Vossa Excelência, e julgo improcedente a Ação.

## PLENÁRIO

### EXTRATO DE ATA

#### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL  
- ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FE-  
NAPEF

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO  
SANTO

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado. Falaram, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Antonio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal, e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, o Defensor Público-Geral do Estado, Dr. Leonardo Oggioni Miranda. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte

Assessora-Chefe do Plenário

**Estado é responsável pela morte do detento em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal (STF, Brasília, Brasil, 2016.03.30, rol RE 841.526).**

### **Síntese Jurídica**

A controvérsia consiste na delimitação da responsabilidade civil estatal pela morte de detento. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. Nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso, a omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima. A responsabilidade civil estatal é afastada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. No caso, o tribunal *a quo* assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. O Supremo Tribunal Federal posicionou-se, em sede de repercussão geral, no sentido de que em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

### **Síntese dos fatos**

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul em razão de sentença que estipulou sua responsabilidade, por omissão, no caso de morte detento, uma vez que o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia. Nas razões do recurso extraordinário, o Estado do Rio Grande do Sul sustentou a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aduziu que “(...) afigura-se imprescindível, para efeito de responsabilidade aquiliana do Poder Público, a verificação do nexo de causalidade entre o alegado fato administrativo ilícito e o dano”. Segundo o recorrente, não haveria como impor ao Estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos, especialmente quando o evento danoso decorre de ato exclusivo da vítima, como no caso de suicídio, hipótese em que se romperia o nexo de causalidade, afastando-se, conseqüentemente, o dever estatal de indenizar. Por fim, arguiu que, tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, não seria aplicável o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, tornando-se imprescindível a prova da culpa ou dolo

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

|                |                                                     |
|----------------|-----------------------------------------------------|
| RELATOR        | : MIN. LUIZ FUX                                     |
| RECTE.(S)      | :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL                        |
| PROC.(A/S)(ES) | :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO<br>GRANDE DO SUL |
| RECDO.(A/S)    | :V J DE Q (REPRESENTADO POR SIMONE JARDIM)          |
| ADV.(A/S)      | :PEDRO PAULO DA SILVA FRAGA E OUTRO(A/S)            |
| AM. CURIAE.    | :UNIÃO                                              |
| PROC.(A/S)(ES) | :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO                            |
| AM. CURIAE.    | :DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO                        |
| PROC.(A/S)(ES) | :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL                     |

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.
2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.
3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral ( artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal ).
4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37 , § 6º, da Constituição Federal.
5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que

ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.

6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, *v. g.*, homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.
7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.
8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: **em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.**
9. *In casu*, o tribunal *a quo* assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.
10. Recurso extraordinário **DESPROVIDO**.

## A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 592 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário. Em seguida, também por unanimidade, o Tribunal fixou a seguinte tese: “*Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento*”.

Brasília, 30 de março de 2016.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

|                |                                                     |
|----------------|-----------------------------------------------------|
| RELATOR        | : MIN. LUIZ FUX                                     |
| RECTE.(S)      | :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL                        |
| PROC.(A/S)(ES) | :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO<br>GRANDE DO SUL |
| RECDO.(A/S)    | :V J DE Q (REPRESENTADO POR SIMONE JARDIM)          |
| ADV.(A/S)      | :PEDRO PAULO DA SILVA FRAGA E OUTRO(A/S)            |
| AM. CURIAE.    | :UNIÃO                                              |
| PROC.(A/S)(ES) | :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO                            |
| AM. CURIAE.    | :DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO                        |
| PROC.(A/S)(ES) | :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL                     |

RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, impugnando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado (fls. 288-295), assim ementado:

*“APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. ASFIXIA MECÂNICA. EVIDÊNCIAS TANTO DE HOMICÍDIO QUANTO DE SUICÍDIO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL REDIMENSIONADA.*

- *Conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão*

*for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse ínterim.*

*- O quantum indenizatório arbitrado pelo juiz singular para fins reparatórios por danos deve ser reduzido tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, portanto, vai fixado em R\$ 38.000,00 para cada autor, acrescidos de correção monetária na forma estabelecida em sentença e juros moratórios de 6% ao ano até a entrada em vigor do CC/2002 e, após, de 12% ao ano, conforme art. 406 do CC/2002 art. 161, § 1º, do CTN.*

*- O pensionamento é proporcional e razoável, merecendo ser mantida, considerando-se a remuneração auferida pelo detento como pintor de paredes, atividade que exercia antes de ser detido em presídio.*

*- A verba honorária merece reforma, pois não devem ser arbitrados em valor que avilte a profissão de advogado, devendo ser fixada em 10% sobre o valor da condenação.*

À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS."

Nas razões do apelo extremo, o recorrente sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Aduz que "(...) *afigura-se imprescindível, para efeito de responsabilidade aquiliana do Poder Público, a verificação do nexo de causalidade entre o alegado fato administrativo ilícito e o dano, o que não ocorreu no caso dos autos, eis que não comprovada a hipótese de homicídio, já que há fortes indícios de suicídio*". Segundo o recorrente, não haveria como impor ao Estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos, especialmente quando o evento danoso decorre de ato exclusivo da vítima, como no caso de suicídio, hipótese em que se romperia o nexo de causalidade, afastando-se, conseqüentemente, o dever estatal de indenizar. Por fim, arguiu que, tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, não seria aplicável o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, tornando-se imprescindível a prova da culpa ou dolo (fls. 315-323).

Em sede de contrarrazões, os recorridos defenderam o acerto da decisão impugnada e apontaram a falha do Estado no seu dever de zelar pelo apenado. Alegaram, ademais, que seria claro o nexo causal entre a omissão do Estado e a morte do detento (fls. 342-347).

O recurso extraordinário foi inadmitido na origem (fls. 349-350), ensejando a interposição de agravo pelo Estado do Rio Grande do Sul (fls. 353-354), seguido de contrarrazões pelos recorridos (fls. 359-362).

Na sequência, esta Suprema Corte reconheceu a repercussão geral do tema constitucional em apreço, qual seja, a responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, em decisão assim ementada:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.”*

*Ipsa facto*, dei provimento ao agravo interposto, convertendo-o em recurso extraordinário, para melhor exame da matéria.

Devidamente intimado, o Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento do recurso extraordinário, uma vez que estariam demonstrados o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, sendo o próprio recorrente o criador do risco administrativo, ao descumprir os mandamentos da Lei de Execuções Penais (fls. 382-384).

A União foi admitida no feito, na qualidade de *amicus curiae* (fl. 399), posicionando-se pelo provimento do recurso, na medida em que haveria causa excludente do nexo de causalidade, consistente na culpa exclusiva da vítima pelo evento danoso, o que afastaria a responsabilidade civil do Estado. Também sustentou que, no caso de responsabilização por conduta omissiva, deveria ser perquirida a culpa do ente público. Finalmente, aduziu o risco sistêmico da reparação de danos

de forma individualizada, devendo a matéria ser objeto de deliberação política que sistematize de forma global o atendimento às vítimas em casos semelhantes ao presente ( fls. 387-397).

É o relatório.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

O tema que ora é posto em julgamento encerra um dos pilares do Direito Constitucional contemporâneo, a saber: a responsabilização do Estado pelos seus atos e omissões.

Deveras, a concepção de que o Estado, apesar de detentor de poderes dotados de imperatividade sobre a esfera de direitos do indivíduo, resta submetido ao império da lei, configura o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito.

Exemplo de poder de titularidade exclusivamente estatal é o *ius puniendi*, que autoriza a atuação sancionatória do Estado sobre a pessoa, em prol do interesse público na proteção e manutenção da paz social.

O Estado, em decorrência do exercício desse poder, vê-se obrigado, por outro lado, a zelar pela integridade dos apenados sob sua custódia. Eis aqui o ponto nodal do presente caso: o poder estatal de punir e a sua responsabilização por danos causados ao preso no desempenho desse *munus* público.

A presente questão jurídica revela elevada densidade constitucional, posto gravitar não apenas em torno da configuração da responsabilidade civil do Estado em razão da morte de detento (artigo 37, § 6º, da

Constituição Federal<sup>1</sup>), mas também do conteúdo e alcance do direito fundamental do apenado à preservação da sua integridade física e moral (artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal<sup>2</sup>).

Os requisitos de admissibilidade do apelo extremo foram preenchidos, estando presentes a tempestividade, o prequestionamento, a legitimidade e o interesse recursais, bem como o imprescindível reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 592 do Plenário Virtual).

Ante o exposto, admito o presente recurso extraordinário e passo ao exame do mérito.

A controvérsia *sub examine* consiste na delimitação da responsabilidade civil estatal pela morte de detento, reclamando, *ab initio*, o estabelecimento de algumas premissas teóricas.

O Poder Público, no desempenho das suas mais variadas atividades, pode causar danos a terceiros, gerando a sua obrigação de recompor os prejuízos daí decorrentes. É imperioso, no entanto, reconhecer a posição diferenciada do Estado em relação aos particulares, de modo que a responsabilização estatal deve ser implementada com a devida consideração às características peculiares dos seus poderes, deveres e atribuições. Nessa linha, leciona **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 31ª Edição, 2014, p. 1.015):

*“(...) seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de pos-*

1 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2 XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

*suir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.”*

Essa constatação levou à adoção de vários regimes jurídicos diferenciados de responsabilidade civil do Estado que se sucederam ao longo do tempo, num percurso histórico que passo a descrever.

No Estado absolutista, marcado pela concentração de poderes nas mãos do soberano, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, sintetizada pelo enunciado “*the king can do no wrong*”, propugnava que o Estado não poderia ser responsabilizado pelos seus atos, uma vez que os particulares teriam que se submeter à sua soberania, sem direito a qualquer compensação. Admitia-se, tão-somente, a responsabilização pessoal e direta dos agentes públicos, por atos que praticassem no exercício das suas funções.

Com o advento do Estado de Direito, a completa exoneração da responsabilidade civil do Poder Público passou a revelar verdadeira *contradictio in terminis*. De fato, o Estado passou a ter de submeter-se à lei também nessa seara. Destaque-se que, num primeiro momento, sob a ótica civilista, essa responsabilização do Estado consubstanciava-se de forma análoga à do empregador ou mandante pelos atos do empregado ou mandatário (no caso, o agente público), nas hipóteses em que este agia com culpa, tudo na forma da legislação civilista. Dois eram os requisitos, portanto, para que o Estado fosse responsabilizado: 1) imputação de responsabilidade por fato de terceiro a ele subordinado (agente público); 2) conduta culposa desse terceiro (**CAVALIERI FILHO, Sergio**. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 9ª Edição, 2010, p. 239-240).

A evolução no estudo do tema ora em análise conduziu a doutrina à paulatina mitigação dos requisitos supracitados, pela influência de princípios de direito público, fazendo exsurgirem diversas teorias. Assim é que, para a teoria do órgão, o Estado é composto por unida-

des administrativas menores que executam as suas funções (órgãos). Os agentes públicos que atuam nesses órgãos, ao praticarem atos ou manifestarem vontade, não o fazem em nome próprio, devendo suas ações ser imputadas ao próprio Estado.

A cognominada teoria da culpa anônima (ou culpa do serviço) passou a dispensar a prova da culpa individualizada do agente público para a configuração da responsabilidade estatal, utilizando o conceito de culpa (ou falta) do serviço público - *“faute du service”*, em francês. Em outras palavras, a responsabilidade civil do Estado surgia a partir da prova da deficiência do serviço em geral (inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço) e não da conduta culposa de algum agente público específico. Permanecia, entretanto, o caráter subjetivo da responsabilidade civil estatal, que ainda se constituía a partir da prova da culpa, embora não mais do agente público e sim do serviço como um todo.

A teoria do risco administrativo substituiu a teoria da culpa anônima, preconizando que, revertendo os benefícios da atividade pública a todos os administrados, impõe-se da mesma forma reverter os seus riscos, devendo eles ser suportados por toda a coletividade. Desse modo, independentemente da culpa do agente público ou mesmo do serviço, deve o Estado responder pelos danos que causar ao particular, o qual não arcará sozinho com esse ônus, que será democraticamente, solidariamente e igualitariamente repartido por toda a sociedade (**DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 25<sup>a</sup> Edição, 2012, p. 701).

Registre-se que se, por um lado, a teoria do risco administrativo dispensa a análise da culpa da Administração, por outro exige que haja nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano causado ao particular. É dizer: não se pode imputar ao Poder Público, segundo essa teoria, a reparação de danos que não decorram das suas atividades, mas de fatos exclusivamente atribuíveis a terceiros, à própria vítima, ou mesmo derivados de caso fortuito ou força maior.

A teoria do risco integral, segundo a qual o Estado deve responder pelos danos causados ao particular mesmo quando estiver presente causa de exclusão do nexo de causalidade entre a sua conduta e esses danos, encontra também ressonância em sede doutrinária. Sobre o tema, assim se pronuncia **DIOGENES GASPARINI** (*Direito Administrativo*. São Paulo:Saraiva, 16ª Edição, 2011, p. 1.114):

*“Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidarse, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre a via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar.”*

No Brasil, a responsabilidade civil do Estado perpassou por todos esses enfoques doutrinários.

A Constituição de 1824 previa, em seu artigo 179, inciso XXIX, a responsabilização apenas do agente público causador do dano, ao dispor que “*os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos*”, ressalvada a figura do Imperador, que, nos termos do artigo 99 daquela Carta Política, não estava “*sujeito a responsabilidade alguma*”.

O Código Civil de 1916, por sua vez, trouxe em seu artigo 15 a ideia de responsabilidade civil subjetiva do Estado, ao expressar a seguinte fórmula: “*as pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o*

*direito regressivo contra os causadores do dano*”. Da leitura do dispositivo legal transcrito, transparece claramente a noção de imputação de responsabilidade ao Estado em razão da sua representação pelos agentes públicos, posteriormente considerada inadequada e suplantada pela teoria do órgão (**PEREIRA, Caio Mário da Silva**. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 10ª Edição, 2012, atualização de Gustavo Tepedino, p. 176-177). Também é nítida a exigência da prova da culpa do agente público, na medida em que só haveria responsabilidade quando ele agisse em contrariedade à lei – o que na doutrina e na prática forense acabou sendo mitigado, como visto, pela teoria da culpa anônima.

A Constituição de 1946 consagrou em definitivo a teoria do risco administrativo, ao determinar, em seu artigo 194, que *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”*. Como se percebe da redação da norma constitucional, passou-se a prever a responsabilidade direta do Estado pelos atos dos seus agentes, sem a exigência de prova da sua culpa, que só precisava ser demonstrada pelo Estado na sua ação regressiva em face do agente público causador do dano, conforme previsão do parágrafo único do dispositivo supracitado.

A Constituição Federal de 1988, reafirmando a teoria do risco administrativo e estabelecendo a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos dos seus agentes no seu artigo 37, § 6º, dispôs: *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

O referido artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ao mencionar que a Administração responderá *“pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”*, deixou clara a necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo particular. Essa constatação suscita duas questões importantes que precisam ser aqui enfrentadas, a saber: 1) o ordenamento jurídico brasileiro contempla alguma hipótese de responsabilização do Estado por risco integral? 2) no caso de danos oriundos de omissões do Poder Público, configura-se a responsabilidade estatal?

A primeira questão é solucionada pelo brilho da pena do saudoso **HELLY LOPES MEIRELLES** (*Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 28ª Edição, 2003, atualizadores Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, p. 624):

*“Essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem tenha sustentado sua admissibilidade no texto das Constituições da República. Contestamos formalmente esse entender, que se desgarra da doutrina acolhida pelo nosso Direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo, e não do risco integral.”*

Há, destarte, posicionamentos prestigiando a teoria do risco integral, em outros campos da ciência jurídica. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem sufragado o entendimento de que a responsabilidade civil decorrente de danos ambientais encerraria hipótese de risco integral, por força dos artigos 225, § 3º, da Constituição Federal<sup>3</sup> e 14, § 1º, da Lei 6.938/81<sup>4</sup>, como se depreende do seguinte julgado, representativo de controvérsia (REsp 1.374.284, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe de 05/09/2014):

*“RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.*

1. *Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos*

3 § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

4 § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

*critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.”*

Registre-se que no caso de danos decorrentes de acidente nuclear, por outro lado, o entendimento majoritário da doutrina é de que a previsão do artigo 21, inciso XXIII, alínea *d*, da Constituição Federal<sup>5</sup> estipula a responsabilidade civil fundada no risco administrativo, admitidas as causas de exclusão de responsabilidade previstas pela Lei 6.453/77 e não se tratando, portanto, de adoção da teoria do risco integral (por todos, **STOCO, Rui**. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2015, p. 612-613).

Mercê das variantes aqui expostas, impõe-se assentar que a teoria que rege a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro hodierno é a do risco administrativo e não a do risco integral, o que torna juridicamente possível a oposição de causas excludentes do nexo de causalidade e exoneradoras de responsabilização pelo ente público. Observe-se o escólio de **CARLOS ROBERTO GONÇALVES**, em passagem elucidativa (*Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 14ª Edição, 2012, p. 171):

*“Observa-se, até hoje, uma certa confusão na doutrina a respeito das teorias já mencionadas, a do risco integral e a do risco administrativo. Essa confusão, no entanto, é mais de ordem semântica, pois todos partilham do entendimento de que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, não significando, contudo, que tal responsabilidade subsista em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior.”*

A omissão estatal, entretanto, merece considerações específicas. É que esses casos de responsabilidade civil do Estado por omissão retratam questões jurídicas tormentosas, tanto em sede jurisprudencial, quanto doutrinária. Isso porque, embora o artigo 37, § 6º, da

5 d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Constituição Federal seja expreso ao definir a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados pelos seus agentes, não se vislumbra claramente do texto constitucional qual a solução jurídica adequada nos casos de danos oriundos de omissões estatais.

Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência - quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo - surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa, consoante os seguintes precedentes:

*“Agravos regimentais em recurso extraordinário. 2. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 677.283 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 08/05/2012)*

*“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.” (ARE 754.778 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 19/12/2013)*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO*

*POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 607.771 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 14/05/2010)*

*“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – HOSPITAL PÚBLICO QUE INTEGRAVA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO DEVER DE INDENIZAR, A ESTRUTURA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ESTATAL QUE DECORRE, NA ESPÉCIE, DA INFLIÇÃO DE DANOS CAUSADA A PACIENTE EM RAZÃO DE PRESTAÇÃO DEFICIENTE DE ATIVIDADE MÉDICO-HOSPITALAR DESENVOLVIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – LESÃO ESFINCTERIANA OBSTÉTRICA GRAVE – FATO DANOSO PARA A OFENDIDA RESULTANTE DE EPISIOTOMIA REALIZADA DURANTE O PARTO – OMISSÃO DA EQUIPE DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE, EM REFERIDO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, NO ACOMPANHAMENTO PÓS-CIRÚRGICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS RECONHECIDOS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (AI 852.237 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 25/06/2013)*

Vale destacar, pela sua clareza e objetividade, trecho nuclear do voto proferido pelo relator do último acórdão colacionado acima:

*“Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º).*

*Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à*

*ação quanto no que concerne à omissão do agente público – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado, consoante enfatiza o magistério da doutrina*

(...) ”

Com efeito, não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto constitucional não o fez. Ora, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal determina que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (*“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, **causarem a terceiros**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”* - grifei), de modo que basta que esse nexo de causalidade se forme para que a responsabilidade surja, não exigindo a norma constitucional em questão que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva. Perfilhando o mesmo entendimento é a lição de **GUSTAVO TEPEDINO** (*A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal, in Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª Edição, p. 221):

*“Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.”*

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo

dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima. Sobre o tema, relevante escólio doutrinário de **GILMAR FERREIRA MENDES** *et alli*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 801-803):

*“Nesse contexto, é importante perquirir sobre a eventual caracterização da omissão que origina o dever de indenizar, registrando que tal omissão não é fática, mas exclusivamente jurídica, isto é, somente haverá omissão, no sentido juridicamente relevante, se houver um prévio dever legal de agir. Tal entendimento já foi evidenciado pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal, e é válido para todos os campos do Direito. Com efeito, assentou essa Excelsa Corte: ‘A causalidade, nos crimes comissivos por omissão, não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente, como devia e podia, para impedir o resultado’.*

*Assim, o primeiro pressuposto do reconhecimento da responsabilidade por omissão é a afirmação do dever legal de agir ou, na espécie, de prestar – matéria exclusivamente de direito, que integra ainda o pressuposto necessário do nexo de causalidade. Não obstante as normas constitucionais tenham adotado, desde a Carta de 1946, a responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independente de culpa ou procedimento contrário ao direito, além de a evolução doutrinária e a jurídica refletirem uma tendência em abranger também a responsabilidade estatal por atos legislativos e jurisdicionais, não se pode chegar ao extremo de conceber, em nosso ordenamento vigente, a adoção da teoria do risco integral ou do risco social, até porque não agasalhada na Carta de 1988 (art. 37, § 6º).*

( ... )

*Havendo, portanto, um dano decorrente de omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de exigir-se a caracterização do dever legal de agir, uma vez que, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.*

*Logo, se o Estado não estava obrigado a impedir o acontecimento danoso (ausência de lucro), não há razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão.”*

Realmente, a integração do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Assim, embora não se estabeleça um nexo de causalidade fática, imputa-se o resultado ao agente por meio de uma

causalidade juridicamente estabelecida. Nas palavras de **FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**, “*não se trata, pois, como salienta Wessels, de um ‘não-fazer’ passivo, mas da ‘não-execução de uma certa atividade juridicamente exigida’*” (*Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 2001, p. 117).

Não se pode olvidar, por outro lado, assim como preconiza a parte final do artigo 13, § 2º, do Código Penal<sup>6</sup>, que o agente deve ter não só o dever jurídico de impedir o resultado danoso, mas também “*a real possibilidade de realizar a ação devida*” (**TAVARES, Juarez**. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 143). No contexto do Direito Administrativo e, especificamente, da responsabilidade civil do Estado, forçoso reconhecer a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação e, dessa forma, exclua o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se, assim, da responsabilidade.

Note-se que não se está aqui a inovar na ordem jurídica, senão a sistematizar e concatenar ideias há muito já defendidas pela doutrina jurídica nacional. Ora, é corrente no meio jurídico a afirmação de que a Administração só responde pela omissão que é específica, ou seja, quando ela está obrigada a evitar o dano e permanece inerte. Nessa toada é a lição de **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO** (*Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 25ª Edição, 2012, p. 561):

*“Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.”*

Inegável, assim, perceber a semelhança entre a figura do agente garantidor, indicado no artigo 13, § 2º, do Código Penal, e a do Poder Público obrigado por lei a agir para impedir o dano. Essa heterointegração da disciplina jurídica da responsabilidade civil do Estado (que nada dispõe sobre esse ponto específico) com o regramento instituído pelo Direito Penal para o agente garantidor, por analogia, é autorizada pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*:

6      § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

*“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”*

Estabelecidas essas premissas até aqui sintetizadas, é possível assentar algumas conclusões que respondem as indagações colocadas acima: 1) não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado; 2) o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação.

As premissas basilares devem agora incidir nas peculiaridades do caso em análise, que versa a morte de um detento dentro do sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul. Outrossim, para que se possa enfrentar a questão com a profundidade que ela exige, impende tecer algumas breves considerações sobre a condição do indivíduo que se encontra nessa excepcional situação de privação de liberdade, submetido ao cárcere estatal.

A preocupação em se estabelecer um sistema prisional que respeite os mínimos direitos do homem não é recente. **CESARE BECCARIA**, já no Século XVIII, afirmava que *“o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível”* e que a pena deve causar *“a impressão mais eficaz e duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu”* (*Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, 2013, tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, p. 56).

**JEREMY BENTHAM** propõe um sistema prisional que denominou *Panótico*, no qual os presos, sujeitos a inspeção continuada pelos seus carcereiros, estariam menos sujeitos a abusos, crueldade e brutalidade no cumprimento das suas penas (*Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Leme/SP: Edijur, 2002, p. 130-131).

Tamanha é a relevância social da questão prisional que tampouco passou ela despercebida a notáveis autores da literatura mundial, como **FRANZ KAFKA** e **FIÓDOR DOSTOIÉVSKI**, em obras imortais como *Na colônia penal* e *Memórias da casa dos mortos*, respectivamente, as quais nararam a dureza e violência com que eram tratados os apenados nos siste-

mas penitenciários de antanho.

A doutrina jurídica contemporânea também vem enfrentando o tema com severa preocupação. **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**, por exemplo, critica a moderna tendência da ciência criminológica de considerar o infrator da lei penal um verdadeiro inimigo do Estado, o qual poderia, portanto, ser privado dos seus direitos fundamentais como membro da sociedade. Leciona o referido autor (*O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2ª Edição, 2007, p. 11 e 18):

*“Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nele, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão.*

*( ... )*

*A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais (...)*

*A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações.”*

O Estado Democrático de Direito, onde todos são iguais perante a lei, não pode admitir que alguns indivíduos sejam privados dos seus direitos fundamentais, mesmo que tenham eles atentado contra os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, que o Direito Penal busca tutelar. A pretensão punitiva do Estado, conquanto deva ser exercitada plenamente, deve respeitar os direitos que os acusados ou apenados, como qualquer ser humano, têm assegurados pela ordem jurídica. Em resumo, devem ser tratados como seres humanos, como alerta **MICHEL FOUCAULT**, ao afirmar que *“no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’”* (*Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes, 24ª Edição, 2001, tradução de Raquel

Ramalhete, p. 63).

A Constituição Federal de 1988, visando a promover a humanização da pena, após um longo período ditatorial, durante o qual inúmeros abusos foram praticados pelas autoridades ligadas ao sistema penitenciário, trouxe disposições expressas no sentido de assegurar aos detentos, entre outros direitos, os de não serem submetidos a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, de terem a sua pena individualizada e de não sofrerem penas de morte, cruéis ou perpétuas, como se depreende do artigo 5º, incisos III, XLVI e XLVII, do texto constitucional<sup>7</sup> e de expressiva doutrina do professor **NILO BATISTA** (*Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 12ª Edição, 2011, p. 96-97).

Nesse contexto, episódio triste da recente história nacional merece registro especial – o caso Herzog. Em apertada síntese, o jornalista Vladimir Herzog, instado a se apresentar perante autoridades militares para prestar esclarecimentos sobre as suas atividades e comparecendo espontaneamente às oito horas da manhã de 25/10/1975 às dependências do DOI-CODI do II Exército (São Paulo), foi imediatamente preso e posteriormente declarado morto às quinze horas do mesmo dia, por ter supostamente praticado suicídio no cárcere. A versão oficial para a morte do jornalista, contudo, não se sustentava, como foi apontado de forma percuente

7 III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

a) suspensão ou interdição de direitos; XL-

VII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

pelo Juiz **MÁRCIO JOSÉ DE MORAES**, em sua lapidar sentença que reconheceu a responsabilidade da União pela morte de Vladimir Herzog (*in BROSSARD, Paulo. O caso Herzog: discurso proferido na Sessão do dia 3 de dezembro de 1978, do Senado Federal. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1978, p. 48-55*):

*“Ora, compulsando os autos tanto deste processo, quanto do inquérito policial-militar instaurado pelo Comando do II Exército, a ideia que se tem é que os dispositivos citados, assecuratórios da liberdade dos indivíduos, posto que estipuladores dos requisitos formais para a consecução da prisão, foram desobedecidos em bloco.*

*Com efeito, em quaisquer daqueles autos, como destes, não há sequer menção à existência de inquérito em que Vladimir Herzog tenha sido indiciado, ao mandado de prisão, à autoridade competente, valendo notar que a comprovação da eventual legalidade da prisão por parte da União seria facilíssima, uma vez que, se houvesse, seria forçosamente consubstanciada em provas documentais.*

*Outrossim, as testemunhas que depuseram neste Juízo fornecerem indícios condizentes com a ausência dos pressupostos legais da prisão de Vladimir Herzog, ao afirmarem que também foram detidas em condições semelhantes.*

*( ... )*

*Dentro dessa versão, é também fato incontroverso que Vladimir Herzog foi encontrado em sua cela em suspensão incompleta, enforcado por uma cinta de tecido verde, da mesma cor do macacão que trajava, vestimentas que lhe foram entregues pelos agentes policiais encarregados de zelar pela sua integridade física.*

*De acrescentar que não havia qualquer motivo viável para que o detento portasse cinto, posto que o macacão que vestia quando foi encontrado morto era inteiriço, como está patente nas fotografias de fls. 29/30 e, assim, a cinta não tinha finalidade alguma.*

*As testemunhas inclusive declararam, de forma coerente e sem que se tivesse produzido nos autos qualquer prova em contrário, que os presos do DOI/CODI não portavam cintos, cadarços nos sapatos ou mesmo meias.*

*( ... )*

*Então, embora este Juízo não possa categoricamente afirmar que o suicídio de Vladimir Herzog não ocorreu, posto que não é onisciente, o certo é que a União Federal positivamente não logrou comprová-lo nos presentes autos, quer porque os laudos periciais anteriormente referidos não têm eficácia probatória, quer porque os depoimentos mais favoráveis à sua*

*versão não só não foram repetidos em Juízo, como se contrapõem frontalmente à prova colhida sob a égide do princípio do contraditório.*

*E mais.*

*Mesmo que eventualmente a União Federal tivesse logrado comprovar o suicídio de Vladimir Herzog, o que em verdade não conseguiu, ainda teria que provar que não o motivou por qualquer forma de pressão ou condição física ou psíquica, pois que, do contrário, não poderia pretender a exclusão de sua responsabilidade civil sob o argumento da ocorrência de concausa.*

*Pelos mesmos motivos que a União Federal não logrou comprovar o suicídio, também, obviamente, não provou a sua não participação em tal evento, se ele tiver ocorrido.*

*Assim, quer pela teoria da falta anônima do serviço público, quer pela teoria do risco administrativo e considerando-se que a União Federal não provou nos autos a culpa ou dolo exclusivos da vítima, permanece íntegra a sua responsabilidade civil pela morte de Vladimir Herzog.”*

E veja-se que nem a mencionada sentença do desassombrado magistrado, nem a redemocratização do país foram capazes de restabelecer a plena verdade sobre o caso Herzog: somente em 2012, a pedido da Comissão Nacional da Verdade, a Justiça paulista determinou a retificação do registro de óbito de Vladimir Herzog, para que, em lugar da asfixia mecânica coerente com a versão de suicídio por enforcamento, passasse a constar como *causa mortis* lesões e maus-tratos sofridos nas dependências do DOI-CODI do II Exército (processo nº 004669064.2012.8.26.0100, que tramitou pela 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo).

Os direitos fundamentais já enunciados acima conduzem o legislador constituinte a ir mais além, instituindo previsão específica de proteção aos apenados no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Trata-se aqui, à evidência, de direito fundamental intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais, que o concretizam, segundo **INGO WOLFGANG SARLET** (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Edição, 2004, p. 78-79).

Pois bem, o direito fundamental enunciado pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal estabelece uma clara obrigação para o Es-

tado, que não pode jamais ser relegada à condição de norma meramente programática. Isso porque, além da previsão expressa do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, deve ser reconhecida força normativa às normas constitucionais em geral, cujo conteúdo tem de ser efetivamente realizado, não se apresentando como mera promessa submissa aos fatores reais de poder dominantes na sociedade, conforme os ensinamentos de **KONRAD HESSE**, em sua memorável obra *A força normativa da Constituição* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, tradução de Gilmar Ferreira Mendes).

Seguindo essa linha de pensamento, **JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE** ensina que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão. Em sua dimensão objetiva, conformariam a atuação do Estado e teriam, assim, eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico. Por outro lado, em sua dimensão subjetiva, o destinatário da proteção oferecida pelo direito fundamental teria o direito de exigir a sua satisfação pelo Estado, dentro de certos limites. No caso de direitos fundamentais de proteção ao indivíduo – como aquele previsto pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal -, pontua o consagrado autor português as seguintes limitações (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 3ª Edição, 2004, p. 156):

*“Por sua vez, só é de aceitar um direito subjectivo à protecção estadual (correspectivo de um dever de protecção) quando se trate de uma acção pública que seja indispensável à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjectivo, nos seus aspectos nucleares, designadamente numa situação de perigo perante terceiros, podendo ser relevante a circunstância de haver previsão constitucional expressa de um dever especial de protecção.”*

É justamente da situação retratada acima que se trata nesta demanda, visto que o detento, privado que está de sua liberdade e forçado ao convívio prolongado com outros apenados, em situações precárias de habitabilidade, só poderá ter direito a um tratamento digno e humanitário, com respeito, inclusive, à sua integridade física e moral, se o Estado efetivamente agir no sentido de cumprir o dever especial de proteção que a Constituição Federal lhe impõe. Conclui-se, portanto, que o direito fundamental em testilha não apenas obriga o Estado a tomar medidas efetivas a fim de proporcionar a sua realização (dimensão

objetiva), mas também atribui ao apenado a posição jurídica de exigir que essa prestação estatal lhe seja outorgada (dimensão subjetiva). Não é outro o entendimento de **ROBERT ALEXY** sobre o tema (*Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2015, tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 450-451):

*“Por ‘direitos a proteção’, devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. O que há de comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direitos de mesma hierarquia, bem como a garantia da exigibilidade e da realização dessa demarcação.”*

A realidade prisional brasileira, entretanto, está muito distante do cumprimento satisfatório da disposição impositiva do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. A violência perpetrada contra detentos no Brasil é um fato notório e reiterado, retratado nos noticiários nacionais, nas suas manifestações mais atrozes, como ocorreu com o massacre perpetrado no complexo prisional do Carandiru (SP) ou com a selvageria que proliferou na penitenciária de Pedrinhas (MA).

É possível até mesmo afirmar que a questão prisional no Brasil, devido à elevada e crescente população carcerária, associada ao baixo investimento estatal na área, tomou contornos de expressiva relevância, conduzindo ao Judiciário conflitos sociais dos mais variados matizes, inclusive no que diz respeito à morte de detentos. Quanto a essa questão, o egrégio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar por diversas vezes, como se infere dos arestos reproduzidos abaixo:

*“Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravamento. 2. Morte de detento sob custódia da Administração Pública. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. Precedentes do STF. 3. Discussão acerca da existência de culpa do Estado. Necessidade do reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (ARE 662.563 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 02/04/2012)*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. OMISSÃO ESTATAL. INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AGRAVO IMPROVIDO.*

*I – O Tribunal possui o entendimento de que o Estado se responsabiliza pela integridade física do preso sob sua custódia, devendo reparar eventuais danos. Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à existência de nexo causal entre a omissão do Estado e o resultado morte, necessário seria*

*o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravamento regimental improvido.” (AI 799.789 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 01/02/2011)*

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. CONDUTA OMISSIVA.*

*RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 594.902 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 09/11/2010)*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. Impossibilidade do reexame das provas contidas nos autos na via extraordinária. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. 2. Morte de detento em estabelecimento prisional. Responsabilidade civil objetiva do Estado configurada. Precedentes. 3. Proibição constitucional de vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo. Impossibilidade da modificação da base de cálculo por decisão judicial: Súmula Vinculante n.*

4.” (AI 603.865 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 06/02/2009)

Como se extrai dos julgados transcritos acima, a jurisprudência deste tribunal tem admitido que a morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado, em decorrência da sua omissão em cumprir o dever especial de proteção que lhe é imposto pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Nesse ponto, a argumentação até aqui desenvolvida converge com o entendimento do Pretório Excelso sobre a matéria.

É preciso, todavia, ir além, tecendo algumas considerações adicionais, a fim de excepcionar dessa regra geral algumas situações específicas.

Isso porque não basta, para que se configure a responsabilidade civil do ente público no mister da execução penal, a pura e simples inobservância do mandamento constitucional de que evite a morte do preso sob sua custódia, sendo necessário, também, que o Poder Público tenha a efetiva possibilidade de agir nesse sentido. Deveras, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional, como já anotado anteriormente. Corroborando esse entendimento é o escólio do jurista **CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** (obra citada, p. 1.032-1.033):

*“Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, deveria sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.*

*Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.*

*Compreende-se que a solução indicada deva ser a acolhida. De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado.*

*Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.*

*É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los."*

Ocorre que o evento morte pode se manifestar de várias formas: homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, havendo julgados na Corte sobre essas várias situações da vida humana. A orientação firmada por alguns arestos deste tribunal reconhece a responsabilidade civil do Estado por suicídios de detentos, como nos casos retratados abaixo:

*"Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Morte de preso em estabelecimento prisional. Suicídio. 4. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 279. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 700.927 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 17/09/2012)*

*"DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a sentença, condenando o estado a indenizar os filhos menores de cidadão submetido à custódia que cometeu suicídio por enforcamento quando se encontrava recolhido em cela de delegacia.*

*No recurso extraordinário, o Estado de São Paulo aponta violação do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, pois não há nenhuma participação dos agentes públicos no evento danoso narrado na inicial, uma vez que a morte da vítima se deu em razão exclusivamente de sua deficiência mental, já que havia sido isolado em cela individual e todos os seus pertences que poderiam representar risco tinham sido removidos.*

*A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em caso de morte de detento sob custódia do Estado, é devida a condenação imposta. A responsabilidade de reparar os danos decorre da violação do dever de guarda, dado que o Estado não teria tomado todas as medidas necessárias para impedir o evento. Nesse sentido, confirmam-se:*

*Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia*

*do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.’ (RE 272.839, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 08.04.2005)*

*‘Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença.’ (RE 215.981, rel. min. Néri da Silveira, DJ 31.05.2002)*

*Dessa orientação não divergiu a decisão recorrida.*

*Por outro lado, concluir de maneira diversa do acórdão recorrido demandaria nova análise do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é inviável neste momento processual (Súmula 279).*

*Do exposto, nego seguimento ao presente recurso.*

*Publique-se.” (RE 161.422, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJe de 18/03/2009)*

Deveras, algumas observações se impõem com o escopo de a justiça pontual eclipsar a razoabilidade da decisão judicial. O suicídio, segundo **ÉMILE DURKHEIM**, pode ser definido como “*todo caso de morte que resulte direta ou indiretamente, de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela saiba que deve produzir esse resultado*” (*Le suicide: étude de sociologie*. Paris: Félix Alcan, éditeur, 1897, p. 5). Ao longo de estudo específico sobre o tema, o referido autor aponta as principais formas pelas quais se manifesta o fenômeno do suicídio, fato social que pode decorrer de estados anímicos como apatia, melancolia, irritação ou desgosto, entre outros, ou até mesmo de combinações desses sentimentos. Dessa forma, seria necessário verificar em cada situação específica “*nuances variados segundo o temperamento pessoal da vítima e as circunstâncias especiais nas quais ela é*

*colocada*” (idem, p. 332).

De fato, haverá hipóteses em que o suicídio de um detento será um evento previsível à luz do seu histórico carcerário, o qual poderá revelar sintomas e indícios perceptíveis pela ciência psiquiátrica de um estado mental instável e tendente à prática de um ato autodestrutivo. Por outro lado, haverá igualmente casos em que o suicídio será um ato repentino e isolado, praticado num momento fugaz de angústia exacerbada e absolutamente imprevisível ao mais atento carcereiro, médico ou até mesmo aos mais próximos entes queridos do falecido.

No que se refere às mortes naturais, novamente há que se reconhecer casos em que o prontuário médico do detento indica a necessidade de um determinado tratamento que não lhe é dispensado no cárcere, em flagrante violação ao artigo 14, *caput*, da Lei de Execução Penal<sup>8</sup>, advindo de tal omissão óbito que era previsível. Há casos, porém, em que o preso sofre mal súbito ou possui moléstia desconhecida, que se manifesta de forma abrupta e fatal, não sendo exigível que o Estado seja responsabilizado por essa morte que inexoravelmente ocorreria, mesmo se o preso estivesse em liberdade.

Igualmente nas mortes acidentais, decerto haverá situações em que o Poder Público proverá todas as condições de segurança para evitar o evento danoso e, ainda assim, o acidente ocorrerá, seja por fato imputável ao próprio preso, seja por fato absolutamente imprevisível ou até mesmo por força maior, contra os quais não poderia a Administração jamais tomar alguma providência capaz de assegurar eficientemente a incolumidade física do detento como *v. g.*, quando um raio atinge o preso em plena atividade física no sistema prisional.

Até mesmo no caso de homicídio, poderá haver situações em que não se poderá responsabilizar o Estado pela morte do detento. À guisa de exemplo, podemos aqui apontar a situação em que um preso mata o outro em legítima defesa. Nessa situação, é o falecido quem age de forma contrária à lei, atentando contra a vida de outro preso, que reage lícitamente, matando-o. Ora, se o ato praticado pelo homicida é lícito (artigos 23, inciso II, do Código Penal, e 188, inciso I, do Código Civil<sup>9</sup>) e visa a afastar injusta agressão imputável exclusivamente ao falecido, não há como

8 Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

9 Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

*II – em legítima defesa;*

*Art. 188. Não constituem atos ilícitos:*

*I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*

se sustentar que de tal situação exsurja qualquer dever de reparação pelo Estado.

Diante de tais considerações, é possível extrair um denominador comum a todas as situações específicas retratadas acima: há casos em que a morte do detento simplesmente não pode ser evitada pelo Estado. Nesses casos, como já se ressaltou acima, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal no seu dever de manter a incolumidade física dos presos, o que afasta a responsabilização civil do ente público. Adota-se aqui, portanto, a teoria do risco administrativo, que permite a oposição de causas excludentes do nexo causal - as quais devem ser comprovadas pela Administração -, rejeitando-se, por consequência, a incidência da teoria do risco integral, não recepcionada pela ordem constitucional brasileira, que implicaria a imposição de responsabilidade civil ao Estado por toda e qualquer morte de detento.

Consectariamente, a tese central quanto à questão constitucional dotada de repercussão geral discutida nos presentes autos pode assim ser sintetizada: **em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.**

Assentada a tese jurídica acima enunciada, insta agora aplicá-la à resolução da lide encartada nestes autos, porquanto em repercussão geral, conforme jurisprudência assente, o decisum abarca um espectro objetivo e outro subjetivo (precedentes).

Nesse segmento, como se depreende do recurso extraordinário interposto às fls. 301-309, sustenta o Estado do Rio Grande do Sul, réu ora recorrente, que a sua responsabilidade pela morte do detento V. A. Q., ocorrida em 24/12/1998, na Penitenciária Estadual do Jacuí, não lhe poderia ser imputada, visto que o laudo criminalístico de fls. 101-109 teria consignado possível prática de suicídio pelo preso.

A sentença de fls. 230-239, por sua vez, assentou que o acervo probatório produzido nos autos não foi capaz de confirmar se efetivamente ocorreu homicídio ou suicídio do detento, porém, de qualquer forma, falhou o Estado no seu dever de proteção previsto pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, configurando-se, assim, a sua responsabilidade civil, na forma do artigo 37, § 6º, da Carta Política.

O acórdão proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 288-295) confirmou a sentença nesse ponto.

Resta inequívoco que nas instâncias ordinárias o Estado réu não foi capaz de

comprovar a sua tese de que teria ocorrido o suicídio do preso ou qualquer outra causa que excluísse o nexo de causalidade entre a sua omissão quanto ao dever de protegê-lo e o resultado morte verificado.

Desta sorte, estabelecida essa moldura fática pelo tribunal *a quo* e aplicando-se-lhe a tese jurídica formulada acima, conclui-se que está configurada a responsabilidade civil do recorrente pela morte do preso mencionado, nada havendo a reparar no acórdão hostilizado.

*Ex positis*, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso extraordinário.

É como voto.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, autoridades e estudantes.

Em primeiro lugar, Senhor Presidente, só para destacar que eu admiti essa intervenção do *amicus curiae* à míngua de sustentação oral pleiteada pela parte recorrida, porque, na verdade, muito embora Vossa Excelência, na ênfase com que empreendeu a sua sustentação oral, tenha afirmado que estaria, nessa intervenção, agindo em prol da família, na verdade, Vossa Excelência é defensor público da União e sustenta corriqueiramente aqui no Tribunal, e sustenta muito bem. Eu diria a Vossa Excelência que eu sou extremamente solidário com a indignação com que Vossa Excelência se portou da tribuna; eu não sei nem por onde começar, eu talvez pudesse até começar pelo final que o eminente defensor público da União assentou.

Eu já destaquei que o Ministério Público também pleiteia pelo desprovinimento do recurso, e eu verifiquei - antes de ingressar em um resumo do voto, que eu vou respeitar os nossos horários de sessão administrativa - que aqui falou-se muito em suicídio, e eu gostaria de relembrar, porque todos aqui são mais ou menos daquela geração, que um dos casos mais exponenciais de destaque da responsabilidade do poder público, em termos de morte de preso, foi exatamente no momento em que as liberdades públicas estavam suprimidas e que morreu o jornalista Vladimir Herzog, vítima do suicídio de um cinto de um macacão que não tinha cinto. Então, naquela oportunidade, até mesmo no suicídio, impõe-se a responsabilidade civil da União.

Se assim não bastasse, só para adiantar algumas observações, o Supremo Tribunal Federal tem inúmeros arestos no sentido de que a responsabilidade civil do Estado também exsurge nos casos de suicídio, porque o Estado tem o dever de custódia do preso. É mais: a Constituição pós-positivista de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como centro axiológico de todo o sistema jurídico, tudo gravita em torno do Homem e, como consectário dessa tutela da dignidade humana, a Constituição é claríssima em impor ao Estado assegurar aos presos o respeito à integridade física e, também, à integridade moral, que nós já vimos que é vilipendiada com essas cenas, que o eminente Defensor-Geral da União destacou, existentes na rede mundial de computadores.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Neste caso, apenas uma enunciação também do meu pensamento, sem maior elaboração. Eu me reporto a um agravo de instrumento de que fui Relator, Agravo de Instrumento 799.789, em que assentei o seguinte: que o entendimento do Tribunal é no sentido de que o Estado – um entendimento pacífico – responsabiliza-se pela integridade física do preso sob sua custódia, devendo reparar eventuais danos.

E, aí, disse:

*“II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à existência de nexos causal entre a omissão do Estado e o resultado morte, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF”.*

Ou seja, neste caso, eu até, consultando aqui o acórdão recorrido, verifico que o acórdão, com todas as letras, assentou a responsabilidade do Estado pela omissão. Quer dizer, o Tribunal estadual disse que o Estado do Rio Grande do Sul omitiu-se, relativamente, à responsabilidade que tinha de proteger o preso nesse episódio, no qual não se sabe bem ao certo se foi um suicídio ou se foi um homicídio.

Portanto, essa questão é imutável, não é? Por isso é que Vossa Excelência está negando provimento, embora assentando uma tese...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mantendo o acórdão.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Mantendo o acórdão, embora assentando a tese de que, em determinadas situações, o Estado pode comprovar que não houve o nexo causal que redundasse em sua responsabilidade, é isso?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas, em princípio, inverte-se o ônus da prova.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Sim. Em princípio, o ônus da prova está invertido. Pois não, Ministro.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Há certa premissa no acórdão impugnado, Presidente. O Relator adotou, como razões de decidir, a dicção do fiscal da Lei.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Isso.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Do Procurador ou Procuradora, para ser preciso, em exercício na Câmara.

E consta da manifestação o seguinte trecho:

“(...) No caso concreto, evidente tratar-se de omissão específica do Ente Estatal demandado, visto que a ele competia o dever individualizado de agir, no sentido de preservar a integridade física e a vida do detento que estava sob sua custódia, (...)”.

É notório que se tem as penitenciárias em situação precária extrema, não viabilizando ao Estado a preservação da integridade física e moral do preso.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)**  
- Eu agradeço a intervenção de Vossa Excelência, exatamente na direção das elucubrações que eu acabei de apresentar ao Plenário. Neste caso, pelo menos o que ficou fixado do ponto de vista fático, é que houve responsabilidade, sim, do Estado, omissão.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Talvez pudéssemos chegar, quanto à tese, a enunciado mais preciso. Mas

isso ainda vamos discutir e ponderar.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) -**

Pois não.

É, então, eu colho...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De início, estou acompanhando o Relator, subscrevendo tudo o que foi veiculado – e bem veiculado – por Sua Excelência.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) -** Eu até, quando o Ministro Fux complementou oralmente a sua tese, achei que ficou mais forte, enfim, a interpretação do voto que Vossa Excelência faz, a interpretação autêntica. Ou seja, o ônus da prova incumbe exatamente ao Estado. Isso, talvez, valesse a pena até inserir na tese que Vossa Excelência está oferecendo ao Plenário.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhor Presidente, inicialmente, permita-me cumprimentar o acutíssimo voto do Ministro Fux, que bem analisou esta questão, e muito brevemente indico um conjunto de ideias que tive oportunidade de trocar em - como disse o Ministro Fux - abstrato com Sua Excelência, eis que o tema já havia sido posto no calendário, já a partir do ano pretérito.

Eue estou acompanhando o desproimento do recurso. Entendo que é hipótese de manter-se a decisão do Tribunal de Justiça estadual, que chancelou a responsabilidade do Estado no caso presente. Do ponto de vista da sugestão que fiz ao eminente Relator, no sentido de incluir a expressão “ilícito omissivo próprio”, a rigor, a formulação não há necessariamente que ser essa, mas apenas evidenciar que se trata de uma infração do dever de custodiar, do dever de proteger os direitos fundamentais dos aprisionados por parte do Estado.

Portanto, se houver uma demonstração cujo ônus probatório é do próprio Estado, é possível, como diz Sua Excelência, a exoneração ou a demonstração de uma cláusula excludente do nexo de causalidade; mas esse ônus probatório evidentemente se atribui ao poder público. Por isso, tomei a liberdade, na formulação originária, na qual o eminente Relator reconhece a responsabilidade civil do Estado, diante da morte do detento, pela não observância de um dever específico, o seu dever de manter a incolumidade, e introduzir como sugestão apenas, dizendo que essa infração não constitui em ilícito omissivo impróprio, mas sim um ilícito omissivo próprio, que é a diferenciação, dentre outros, dois grande autores do Direito Administrativo brasileiro, o professor Juarez Freita e o professor Marçal Justen Filho adotam, exatamente para demonstrar que o dever probatório é do Estado para, se der cabo dessa demonstração, expor uma excludente da sua responsabilidade, demonstrando

que não houve uma infração a um dever específico da diligência estatal. No caso concreto, os elementos demonstram ter havido esta infração a um dever jurídico e, portanto, a um ilícito omissivo próprio.

Com base nessas razões e na declaração de voto que farei juntar, estou acompanhando o eminente Relator pelo desprovimento ao recurso extraordinário e substancialmente também no que diz respeito à tese, com os ajustes que esse Colegiado eventualmente poderá fazer.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

**O Senhor Ministro Edson Fachin:** Ministro Presidente, não posso deixar de principiar parabenizando o Ministro Luiz Fux pelo seu aprofundado voto, especialmente por não ter se furtado a analisar os multifacetados e acalorados debates que de forma dúplice atingem o tema objeto de discussão.

Adianto que acompanharei o voto do ilustre Ministro relator quanto às suas premissas e conclusões no caso concreto, exortando, porém, uma breve reflexão quanto ao fundamento adotado e a tese a ser fixada pela Corte.

A natureza dúplice do debate posto consubstancia-se no fato de que se de um lado se afigura necessário traçar os potenciais e limites da responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de omissão, de outro, igual e concomitantemente, deve-se responder à indagação acerca do direito fundamental do preso estampado no art. 5º, XLIX, da Constituição da República, verdadeiro e, em meu sentir, específico dever estatal.

Rememoro que quanto a este último, o Supremo Tribunal Federal recentemente teve a oportunidade de se debruçar pormenorizadamente sobre o seu conteúdo normativo, descortinando-o em especial no RE 592.581/RS (Tema 220), de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski (DJe 29.01.2016).

Como expressei no voto que lá proferi, “(...) além do direito fundamental do preso previsto no art. 5º, XLIX, há também sólida legislação infraconstitucional e entendimento consolidado desta Corte que esmiúçam e detalham o conteúdo normativo, bem como o âmbito de proteção do direito à integridade física e moral do preso. O direito previsto no art. 5º, XLIX, impõe uma conduta ao Estado. Conduta essa que possui parâmetros legais infraconstitucionais nítidos, precisos e não são novos. Não há razão, portanto para que o Estado se escuse de protegê-lo”.

Em mesma toada, no julgamento da liminar na ADPF nº 347 (estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro), assentei que “quando o Estado atrai para si a perseguição penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a

*responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela”.*

Desse modo, de forma segura acompanho o Relator na constatação de que o art. 5º, XLIX, CRFB, estabelece um especial dever de proteção da integridade física e moral daquele em situação de encarceramento. Como tal, não pode ser relegado ao escaninho interpretativo das normas assim classificadas como programáticas.

De outro canto, tormentosas são as águas que deve a Corte Suprema navegar para, reduzindo a equivocidade do texto normativo, chegar à orla da Segurança Jurídica. Ressalte-se que esta é estruturante do Estado de Direito e ressignificada no Estado Constitucional como dimensão da própria dignidade humana.

A responsabilização extracontratual do Estado por atos e omissões corresponde inegavelmente a um ganho civilizacional. Marca a passagem da noção de súdito para a de sujeito de direito e deste último para o cidadão como pessoa, reconhecido, portanto, em seu intrínseco valor.

A solução das dúvidas hermenêuticas que rebentam do dispositivo previsto no art. 37, §6º, CRFB, especialmente no que diz respeito à omissão estatal, possui nítida relevância e transcendência, como se extrai do reconhecimento da repercussão geral de outros temas para além do ora discutido, exemplificativamente os de nº 362 (responsabilidade civil do Estado por ato praticado por preso foragido), 365 (responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária) e 366 (responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência).

Assim, não obstante compreenda e adira a uma postura mais autocontida e reservada no que se refere aos precedentes fixados em sede de repercussão geral, entendo que a moldura posta pelo caso concreto não apenas permite, mas impõe reflexão prévia sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado em caso de omissão.

Mais do que isso, trata-se de discussão que foge de um interesse meramente acadêmico ou encastelado.

Perceba-se a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e, conseqüentemente, a nova apreensão normativa quanto ao ônus da prova em matéria civil e a sua dinamização (art. 373 NCPC).

Tratando-se de dispositivo vocacionado à formação do convencimento judicial e à decisão (regra de decisão), que impõe ao julgador um olhar atento à natureza do direito material, é límpido que uma interpretação judicial vacilante e à deriva quanto aos pressupostos do dever de ressarcir danos decorrentes da omissão estatal, pode tornar-se fatal aos pilares estruturantes do Estado de Direito.

Assim, para se evitar uma casuística quanto aos pressupostos da responsabilidade civil do estado por omissão ou prever hipóteses pontuais e específicas em que esta seria subjetiva ou objetiva, ao arrepio do nítido tratamento uniforme previsto no art. 37, §6º, CRFB, entendo, tal qual o ilustre Relator, tratar-se de responsabilidade objetiva, porém no sentido de um “regime especial de responsabilidade”. Isso igualmente não significa, de qualquer modo, que tenha sido adotada a teoria do risco integral pela ordem constitucional brasileira.

Falar, porém, que no caso de omissão danosa à luz do art. 37, §6º, CRFB, é necessário para o reconhecimento da responsabilidade que o nexo de causalidade se dê quando houver um dever legal específico de agir para impedir a ocorrência do dano, isto é, ao fim e ao cabo, reconhecer a antijuridicidade do ato.

**Dessa forma, para poder estabelecer com segurança a sua ocorrência na omissão (e a sua possibilidade de contraprova), é em meu sentir acertada a teorização de Marçal Justen Filho, para quem, à luz da responsabilidade do Estado consagrada na Constituição da República, “é mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. (...) Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadora do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir” (JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *A Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 226-248, p. 232. Vide também: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1308 - 1309).**

Como explica o autor, a partir do reconhecimento de uma concepção objetivada de culpa se confere o cabedal teórico necessário para, a um só tempo, dar tratamento uniforme para a responsabilidade por ação e omissão, pois “o critério de identificação da ilicitude da atuação estatal reside não apenas na infração objetiva aos limites de suas competências e atribuições, mas também na observância e no respeito às cautelas necessárias e indispensáveis para

evitar o dano aos interesses legítimos de terceiros” (JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *A Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 233. Vide também: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1311).

**Com isso desloca-se a discussão do plano puro da “presença de nexo causal”, para a verificação de efetiva infração a um dever específico de diligência estatal, ou seja, questão a ser previamente dirimida diante da própria caracterização do dever, o que teria relevância sobremaneira para demais hipóteses de omissão estatal.**

**É possível, na visão do autor, então, pensar em danos que decorrem diretamente de uma infração a dever jurídico, que caracteriza hipótese de ilícito omissivo próprio. E também é possível pensar em casos em que a norma visa a impedir a ocorrência de determinado resultado danoso, o qual viria a se consumir em razão de ausência de ação de cautelas necessárias a tanto, caracterizando, assim, ilícito omissivo impróprio.**

Como explica, *“a conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar uma qualificação jurídica. (...) Se houver regra (mesmo técnica) determinando a obrigatoriedade da atuação, em situações daquela ordem, o panorama jurídico atinente ao ato omissivo é idêntico ao dos atos comissivos. (...) Nas hipóteses, porém, em que não existir regra determinando a atuação do sujeito, não haverá fundamento para presumir a presença de um elemento subjetivo reprovável. Nem se poderá considerar reprovável a conduta do agente, sem maiores perquirições. Em tais hipóteses, será necessário pesquisar o elemento subjetivo. Será imperioso determinar a previsibilidade do evento danoso, a existência do dever de adotar providências para evitar tal evento e a ausência da ação das medidas cabíveis. Somente em caso de resposta positiva a tais indagações é que se configurará a responsabilidade civil do Estado (e do concessionário de serviço público)”* (JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *A Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 236-237, p. 233. Vide também: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1318).

**De todo modo, se garante a unidade quanto à interpretação do art. 37, §6º CRFB porque a reprovabilidade diante da omissão imprópria é idêntica àquela que se coloca, tanto nos casos de responsabilidade por ação, quanto nos casos de responsabilidade por omissão própria.**

Com essas considerações, entendo que a tese poderia ser vazada

nos seguintes termos:

*“a morte de detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, cujo não atendimento constitui ilícito omissivo próprio, admitindo-se a comprovação pelo Poder Público de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-o do dever de reparação”.*

Quanto à solução do caso concreto, acompanho integralmente o relator e nego provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Senhor Presidente, também cumprimento o eminente Relator e os eminentes advogados que estiveram na tribuna, Doutor Victor Erzer da Silva, pelo Rio Grande do Sul, tarefa ingrata do Procurador do Estado de defender o cliente que às vezes é difícil, e o eminente Defensor Público Geral, Doutor João Alberto Simões Pires Franco que, com a veemência habitual, expôs seu ponto de vista e com algumas constatações que são irrefutáveis.

O voto do Ministro Luiz Fux é abrangente das situações aqui tratadas, e, para ser sincero, achei a tese de Sua Excelência boa. Se alguém tiver alguma ideia de aperfeiçoamento, mas acho que ela tem a dicção: A morte do detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância do seu dever específico de proteção previsto pelo art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

Portanto, a tese afirmativa me parece enunciada de uma forma simples e autoevidente. Em seguida, vem a contemplação da exceção à tese, admitindo-se a comprovação, pelo poder público, de causa excludente do nexo de causalidade entre a omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando o poder público do dever de reparação. De modo que, salvo eventualmente uma minúcia de redação, acho que o essencial está aqui, pelo menos no meu ponto de vista.

Todos nós teríamos muitas reflexões para compartilhar em matéria do sistema penitenciário, em matéria do papel do Direito Penal. Eu mesmo cheguei a fazer um roteiro aqui. Mas a verdade é que temos de avançar com outros compromissos, portanto, em outra oportunidade, farei isso.

Estou acompanhando o eminente Relator no resultado do caso concreto, e, na tese, aberto evidentemente a uma sugestão que alguém possa ter, mas eu estou confortável com a tese da repercussão geral afirmada pelo Ministro Fux.

Eu, como regra geral, a menos que haja alguma impropriedade, alguma divergência de princípio, procuro prestigiar a tese do Relator, desde que seja autoexplicativa.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, tabé voto pelo desprovimento.

Sobre a tese da responsabilidade civil do Estado, quando juiz no STJ, tive a oportunidade de enfrentá-la em várias oportunidades, defendendo, inclusive, a responsabilidade em caso de suicídio de detentos.

Aqui, o Ministro-Relator partiu do pressuposto de fato de que se trata de homicídio. Em função disso, a minha primeira orientação seria no sentido de ficar nessa tese minimalista. Tinha até escrito, aqui, uma tese nesse sentido minimalista de que o Estado é responsável pelos danos decorrentes da morte de detento assassinado em estabelecimento prisional. Essa seria a tese minimalista.

Mas a tese do Ministro Fux, penso que está correta. Talvez, eu ouvia Sua Excelência falando a tese, fiquei numa dúvida, e vejo que mereça pequena modificação para ficar mais clara. O Ministro Fux diz o seguinte: A morte de detento gera responsabilidade civil do Estado, por inobservância ao dever específico de proteção. Quer dizer, se nós ficarmos só na primeira, temos muitas hipóteses de mortes. Parece-me que essa vírgula, talvez, fosse dispensável.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Porque o voto tem várias hipóteses.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - O que Vossa Excelência está dizendo é que o Estado é responsável quando ele viola seu dever específico de proteção. Só nessa hipótese que ele é responsável.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, a minha tese é afirmativa.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu sei. Mas “por inobservância dos seus deveres específicos” não é um fundamento, mas é a hipótese complementar do fato. Quer dizer, Vossa Excelência não está

dizendo que todos os casos de morte de detento o Estado é responsável.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não. Eu estou entendendo que o Estado tem ínsito o dever de proteção dos detentos.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Vossa Excelência está dizendo que, quando o Estado...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Posso ajudar? Se o sujeito estiver tentando empreender uma fuga e despencar lá de cima e morrer, o Estado não tem responsabilidade, por exemplo.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Então, mas não é qualquer morte. Vossa Excelência mesmo deu um exemplo: se um detento tem um ataque cardíaco e morre, o Estado não é responsável.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Perdão, Ministro Teori. Aí eu também tenho dúvidas, porque há nuances. Se ele teve o início e não teve socorro ao devido tempo, o Estado é responsável.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Se, na ficha dele constava que ele tinha problemas cardíacos... A tese, assim, ela deixa uma análise...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - É preciso que se permita que o Estado comprove que ele não tinha responsabilidade.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Presidente, chegaria à simplificação do enunciado. Penso que a cláusula final, viabilizando ao Estado provar a ausência de culpa, gerará, em vez de pacificação da jurisprudência, inúmeras controvérsias.

Ficaria, no caso concreto, apenas enunciando: ante as precárias condições das penitenciárias – situação atual que espero que haja uma evolução –, o Estado responde por morte de custodiado, ainda que verificado o suicídio. E se potencializarmos a possibilidade dele atribuir à pessoa a culpa pelo sinistro, que é a morte, estaremos desconhecendo o contexto; estaremos desconhecendo que, por exemplo, a tentativa de

fuga é algo inerente, é um direito natural do preso, tendo em conta as precárias situações das penitenciárias.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Se Vossa Excelência me permite, isso representa, inclusive, uma culpa *in vigilando* do Estado, porque se o preso consegue chegar até ao topo da muralha, é porque o Estado não cumpriu seu dever.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Se queremos, diante do contexto atual, pacificar a matéria, devemos ser minimalistas, como anunciado pelo ministro Teori Zavascki. Devemos resumir ao máximo o enunciado.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, no corpo do voto, eu trato de diversas hipóteses e, mesmo nessas hipóteses, há uma fresta em que nós podemos enxergar uma omissão do Estado, como essa, por exemplo, do homicídio em que o Estado recebeu o prontuário do preso, não fez os exames usuais e ele teve um ataque cardíaco e faleceu por omissão do Estado.

Essas decapitações que nós assistimos, lamentavelmente, são realizadas por omissão das penitenciárias, que assistem uma suposta limpeza étnica.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - É porque, no caso, o ilícito decorre de ato omissivo e não podemos nem cogitar da proporcionalidade prevista no Código Civil, quanto ao concurso da própria vítima para o evento morte, o disposto no artigo 945 do Código Civil, se não me falha a memória.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Vamos, talvez, facilitar da seguinte forma: eu pergunto ao egrégio Plenário se todos estão de acordo com relação a negar provimento.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Estamos de acordo com o desprovimento.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu acho que não há dúvida com relação a isso.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Não, Presidente, mas eu gostaria de votar.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Pois não. Então, Vossa Excelência está com a palavra.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Quero ter voz para voto. O Ministro Teori está votando, a Ministra Rosa não votou. Este é um caso em que alguns votaram. Eu quero ter direito de voto.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Está bem, Vossa Excelência terá assegurada a palavra.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu queria saber a tese que o Ministro Teori está propondo.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - É que essa tese resultante do voto do Ministro Fux é tão instigante que vai suscitar muitos debates. Talvez – como já vejo que há um consenso com relação a negar-se o provimento – nós podíamos adiantar, mas fica assegurada a palavra a Vossa Excelência depois do Ministro Teori terminar de falar.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, se me permite uma parte, eu não tive acesso ao voto escrito do Ministro Luiz Fux.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Nem eu.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Porque o Ministro Fux resumiu e eu temo algum aspecto ter me passado.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas a tese eu tenho aqui.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Não, a tese sim. Mas é porque são vários os aspectos. Seria assassinato ou suicídio...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu entendo que, mesmo com o resumo, lá, na origem, não se chegou a uma conclusão se

foi suicídio ou homicídio.

Então, baseado no dever de custódia, eu estou afirmando que a morte de detento - como regra geral - gera responsabilidade civil do Estado. Essa é a primeira regra.

Para não adotar a teoria do risco integral, eu estou admitindo que o Estado possa demonstrar que, da sua omissão, não decorreu o dano. Mesmo no caso do Ministro Barroso - se ele tenta a fuga e cai da escada, desgrça pouca é bobagem - também há responsabilidade civil, porque, veja o seguinte, o Estado deveria impedir a fuga dele.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Aí não há Estado que resista.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Estou a lembrar a frase do Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo: não temos penitenciárias; não temos estabelecimentos voltados à reeducação do custodiado, o que temos são masmorras medievais. Ele próprio preferia a morte a ser recolhido numa delas.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, o Ministro Luís Roberto Barroso, quando ele votou em relação à tese, indicou que, quanto à parte afirmativa da tese, ela estava correta, e essa exceção seria quase que um consectário da não adoção da teoria do risco integral.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É isso, claro.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Então, vamos ficar só na parte propositiva e afirmativa.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu acho que a exceção é indispensável, porque senão você vai criar um sistema de responsabilidade pelo risco integral, o que eu acho que não é o sistema brasileiro.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Não chegamos a ele se aludirmos à situação atual das penitenciárias.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E não acho que seja justo. Quer dizer, vamos imaginar que o preso esteja engendrando um artefato para matar o adversário, aí explode na mão dele. O Estado é responsável?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Sob o ângulo da vigilância, sim. Há inspeções rotineiras.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Como é que esse artefato ingressou na penitenciária?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É, mas aí nós vamos ter que responsabilizar o poder público por todos os homicídios, porque não fiscaliza o contrabando de armas.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, a tese tem que se submeter, necessariamente, a essa ampla colegialidade.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - O que eu acho interessante é que o Ministro Marco Aurélio, salvo melhor juízo, até de forma consentânea com aquilo que afirmou na cautelar sob sua relatoria, o sistema prisional brasileiro está num estado inconstitucional de coisas. Enquanto isto assim permanecer, me parece que a responsabilidade é integral.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – E pelo nexó de causalidade que sempre existirá.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Sempre existirá.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, se me permite, eu peço escusas, mas por que eu interrompi o Ministro Teori? E de novo me desculpe, Ministro Teori. É porque eu pedi vista no processo da relatoria do Ministro Teori, que eu acabei de liberar, em que Sua Excelência propunha uma tese para efeito de repercussão geral. No caso, era uma indenização por dano moral. Na oportunidade, o Ministro Luís Roberto propôs uma tese alternativa que envolvia detração. E eu terminei pedindo vista. E relendo aqui a tese proposta pelo Ministro

Teori, naquele processo, que é o Recurso Extraordinário 580.252 - foi referido da tribuna, e está com julgamento suspenso em função do meu pedido de vista -, eu vejo que o Ministro Teori propunha a seguinte tese de repercussão geral:

“...considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.”

Então, basicamente, o Ministro Luís Roberto também afirmava essa responsabilidade objetiva do Estado - artigo 37, § 6º, da Constituição -, mas apresentou a tese alternativa da hipótese da detração. E só se não houvesse mais possibilidade de detração, pelo cumprimento integral da pena, Sua Excelência então propunha o ressarcimento mediante indenização. Porque é nessa linha, Senhor Presidente, que eu acho que nós temos que ter cuidado agora na fixação dessa tese. Por isso que eu também tenderia, me adiantando, nessa linha do Ministro Teori, que fôssemos o máximo possível minimalistas.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Agora, quando se trata de morte de preso, não há como fazer a detração.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Não, não é detração, não é isso.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu fiquei com uma dúvida de interpretação da tese do Ministro Fux. Mas eu quero dizer que essa dúvida, no meu entender, pode ser esclarecida se inverter a própria redação. O Ministro Fux diz assim:

A morte de detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, admitindo-se etc.

Se nós dissermos, assim: Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção, previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, a morte de detento gera responsabilidade civil do Estado, ou seja, só inverte, fica claro.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - E a parte final, então, “admitindo-se...” ficaria excluída.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** – Continua.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Continuará.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Só inverte a frase. Nós estamos dizendo que o Estado é responsável nos casos de inobservância do seu dever específico de proteção. É isso que nós estamos dizendo.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Para mim, está bem.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Porque enfatiza-se qual é o fundamento.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Exatamente nos casos de inobservância do seu dever específico de proteção, previsto no artigo 5º, o Estado é responsável pela morte do detento.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Está bom. Há vários argumentos no voto.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Ficamos com uma tese bem simples.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## VOTO

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, eu estou absolutamente de acordo. Também nego provimento e acompanho, porque por óbvio tem que haver o nexo de causalidade. Para haver a responsabilidade civil objetiva, tem que haver o nexo de causalidade; não precisa haver é a culpa. E, da maneira como ficou agora enunciado, me parece que fica extreme de dúvidas. Eu acompanho.

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, eu estou de acordo com essa proposição do Ministro Teori.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, vou fazer juntada de voto escrito, mas queria fazer duas observações que me parecem importantes, até porque um dos papéis de guarda da Constituição deste Supremo Tribunal Federal é resolver os casos no sentido da pacificação social e da realização de justiça concreta. E não gostaria de deixar de apresentar dois casos que eu acho que servem bem para ser, pelo menos, objeto não de observação do Poder Judiciário, mas de uma ala da comunidade jurídica, que é de extrema importância, sobre este tema.

Sendo governador de Minas, na década de 50, Juscelino Kubitschek, e sendo então chefe do Departamento Jurídico o grande processualista José Olympio de Castro Filho, houve a morte de um detento numa penitenciária mineira, e a mãe desse detento entrou em juízo numa época em que nem se discutia, como hoje, tão amplamente a responsabilidade do Estado. E o professor José Olympio levou ao governador que ele achava que, por justiça, não se devia contestar, mas convidar essa mulher a vir ao Departamento Jurídico e verificar o que seria necessário para se realizar justiça naquele caso, não levando uma pessoa que já sofreu com isso a ter que andar pelo calvário do Poder Judiciário, que na década de 50 era muito pior. E isso foi feito com a anuência do governador e do Departamento Jurídico.

Em 83, no governo do Tancredo Neves, outra vez se repetiu esse fato, que deve se repetir algumas dezenas ou centenas de vezes, e de novo o Procurador-Geral do Estado, o professor José Olympio, lançou mão daquele precedente. E desde então não é incomum que a Procuradoria Geral do Estado de Minas não leve adiante esses casos, até porque, para a família que já perdeu uma pessoa nessas condições, é mais um sofrimento ter que discutir e provar essa situação.

Isso tem diminuído nos últimos tempos, porque, quando o Estado conduz à conciliação e ao concerto dessas situações, em algumas ocasiões, alega-se que os procuradores de estado estão se

negando a defender o Estado. O Estado de Direito é aquele no qual os direitos são respeitados, portanto aqui não vai nenhum descumprimento. E esta é uma mudança de comportamento, de cultura jurídico-administrativa que eu reputo da maior importância, porque um processo como este está tramitando há algumas décadas e, se chega aqui, o Procurador se vê, como afirmado pelo Ministro Barroso, obrigado a fazer uma defesa ingrata inclusive, porque nós temos jurisprudência.

E, no meu voto, eu cito, deste Supremo Tribunal, e mais recentemente, numerosos casos em que se reconheceu exatamente isso. Por exemplo: da Primeira Turma, de 2010, Recurso Extraordinário 594.902, a jurisprudência do Supremo firmou-se no sentido de que a morte de preso sob custódia do Estado atrai a responsabilidade civil objetiva, com base no artigo 37, § 6º; da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no mesmo sentido, morte de detento em carceragem, indenização, detento sob a custódia do Estado, responsabilidade objetiva, teoria do risco administrativo, é o Recurso Extraordinário 272.839; no mesmo sentido, do Ministro Celso de Mello, Recurso Extraordinário 481.110; mesmo sentido o Agravo de Instrumento 577.908, do Ministro Gilmar Mendes - só sobre morte de detentos; e da Segunda Turma, de Néri da Silveira, o Recurso Extraordinário 215.981. Para citar apenas alguns.

Ou seja, nós temos uma jurisprudência consolidada no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado nestes casos, e as pessoas que sofrem esta situação precisam continuar a entrar em juízo, a chegar até o Supremo Tribunal para se repetir, claro, agora em repercussão geral com uma tese, mas precisam entrar em juízo.

Então eu quis, inicialmente, no meu voto, chamar a atenção de que, no Estado de Direito, o que é de direito do cidadão, ainda aquele que, tendo errado, está pagando na forma prevista na Constituição e na lei, haverá de ter o respeito do Estado quando ocorre a morte de detento, e não forçar as famílias a terem que peregrinar pelo Poder Judiciário, em detrimento do próprio Estado, da própria família e da própria dignidade e da ética do Estado.

Por isso, acho que um voto como esse que acaba de ser lido pelo Ministro Luiz Fux dá a ideia, exatamente, da necessidade de um repensamento da comunidade jurídica, incluídos os Procuradores de Estado, a levarem isso e fazerem com que os administradores públicos zelem pela jurisprudência firmada pelo Supremo, que é no sentido de garantir a dignidade desse preso, que não tem a dignidade respeitada nas pri-

sões, e, pelo menos, acolham aquilo que o Supremo já resolveu.

Então, o primeiro item que eu queria considerar nessa matéria é quase que um convite a que haja uma reflexão sobre isso. Porque, muitas vezes, não é por ausência de os advogados públicos quererem fazer isso, mas porque encontram obstáculos, às vezes, até na incompreensão do Ministério Público, que acha que, quando o procurador não defende e faz o acordo, está deixando de defender, deixando de cumprir um *múnus*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, o respeito pela independência técnica do profissional da advocacia do Estado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pública.**

Porque os procuradores de Estado são procuradores do Estado de Direito, e não dos governantes e dos administradores.

Então, o primeiro dado era esse.

O segundo é que o brilhante voto do Ministro Fux acolhe toda a jurisprudência e a pacífica doutrina sobre a matéria. Não há nenhum desbordamento, não encontro ninguém que tenha atuado em sentido contrário. E, nesse caso, mesmo havendo a culpa *in vigilando*, eu acho que se inclui, sim, na ideia de que o Estado é responsável. Tirou alguém da rua, tirou alguém de casa, e levou para dentro do seu espaço, é responsável por isso; e, por isso mesmo, responde por aquilo que lhe aconteça sob o seu espaço.

Eu também faço a lembrança, como fez no início do seu voto o Ministro Luiz Fux, dos perigos de não se levar em consideração suicídio ou homicídio. Mas há alguns que são “suicidados” dentro do Estado, o caso mais celebre sendo mesmo o do Vladimir Herzog, que determinou até uma mudança de comportamentos em um período de arbítrio do Brasil.

Por isso, Senhor Presidente, eu estou, como disse, fazendo a juntada de voto, votando pelo desprovimento do recurso, e acompanhando o Ministro-Relator na tese agora reajustada nos termos propostos pelo Ministro Teori, e acolhidos por ele.

É como voto.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

VOTO**A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):**

1. Em 21.9.2012, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional tratada no processo (agravo convertido em recurso extraordinário), em que se discute a *“responsabilidade civil objetiva do Estado, em razão de morte de detento, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal”*.

O recurso extraordinário foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra julgado do respectivo Tribunal de Justiça que condenou aquele Estado a indenizar os familiares de detento do sistema prisional estadual (preso provisório, transferido para o Presídio Central de Porto Alegre), morto durante o período de internação.

Transcrevo do acórdão em que reconhecida a repercussão geral do recurso:

“REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 638.467 RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO

*Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim fundamentado:*

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. AS-FIXIA MECÂNICA. EVIDÊNCIAS TANTO

DE HOMICÍDIO QUANTO DE SUICÍDIO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL REDIMENSIONADA. - Conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integralidade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim.

- O quantum indenizatório arbitrado pelo juiz singular para fins reparatórios por danos deve ser reduzido tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, portanto, vai fixado em R\$38.000,00 para cada autor, acrescidos de correção monetária na forma estabelecida em sentença e juros moratórios de 6% ao ano até a entrada em vigor do CC/2002 e, após, de 12% ao ano, conforme art. 406 do CC/2002 art. 161, §1º, do CTN.

- O pensionamento é proporcional e razoável, merecendo ser mantida, considerando-se a remuneração auferida pelo detento como pintor de paredes, atividade que exercia antes de ser detido em presídio.

- A verba honorária merece reforma, pois não devem ser arbitrados em valor que avilte a profissão de advogado, devendo ser fixada em 10% sobre o valor da condenação. À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS (fl. 288).

- Nas razões do recurso extraordinário, sustenta a preliminar de repercussão geral (fl. 316 verso) e, no mérito, alega violação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Aduz que: (...) afigura-se imprescindível, para efeito de responsabilidade aquiliana do Poder Público, a verificação do nexo de causalidade entre o alegado fato administrativo ilícito e o dano, o que não ocorreu no caso dos autos, eis que não comprovada a hipótese de homicídio, já que há fortes indícios de suicídio.

No caso de suicídio de preso, sem qualquer histórico anterior de distúrbios comportamentais que deveriam alertar o ente público a cuidados especiais, o que é o caso dos autos, não há como impor ao Estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos. O evento danoso morte fora causado por ato da própria vítima, que cometeu suicídio. E, no caso de não restar cabalmente comprovado o nexo causal, não deve o Estado ser condenado a indenizar (fls. 317/318).

Presentes os requisitos formais de admissibilidade, dou provimento ao agravo e o converto em recurso extraordinário.

*A questão constitucional posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal cinge-se na discussão sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, em razão de morte de detento, nos termos do artigo 37, 5º, da Constituição Federal.*

*A meu juízo, o recurso merece ter reconhecida a repercussão geral, haja vista que o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa.*

*Diante do exposto, nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 323, § 1º, do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, submetendo-a à apreciação dos demais Ministros desta Corte. Publique-se. Brasília, 30 de agosto de 2.”*

2. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo provimento do recurso extraordinário e a Procuradoria-Geral da República pelo seu desprovimento.

3. A matéria constitucional sob análise não é nova para este Supremo Tribunal. Em suas Turmas, são inúmeros os precedentes a reafirmarem a responsabilidade objetiva do Estado decorrente de sua omissão no zelo pela integridade física do preso, sob sua custódia.

De minha relatoria, cito, como exemplo, o Recurso Extraordinário n. 594902, Primeira Turma, Dje 2.12.2010, no qual decidi :

*“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a morte de preso sob custódia do Estado atrai a responsabilidade civil objetiva, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição da República, mesmo na hipótese de conduta omissiva, independentemente de culpa do agente público. Nesse sentido:*

*“Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 8.4.2005 – grifos nossos).*

*“RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO -*

*PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO – NÃO COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICOPROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

*- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes.” (RE 481.110-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 9.3.2007 – grifos nossos).*

*“Agravos regimentais em agravo de instrumento. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Pensão fixada. Hipótese excepcional em que se permite a vinculação ao salário mínimo. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 577.908-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 21.11.2008 – grifos nossos).*

*“Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o*

*Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença” (RE 215.981, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 31.5.2002 – grifos nossos)”.*

4. Também no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 662.563, Relator o Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal pronunciou-se pela responsabilidade objetiva do estado decorrente de sua missão *“de zelar pela integridade física do preso”* sendo que *“a discussão acerca da demonstração ou não da culpa do Estado demanda reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, providência vedada no âmbito do recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279 desta Corte”* (voto condutor do Ministro Gilmar Mendes no RE 662.563, Dje 20.3.2012).

5. O presente recurso esbarra em óbice de natureza fático-probatória para a desconfiguração da responsabilidade objetiva do Estado (Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal). A caracterização dessa responsabilidade, observado o nexo causal, está assim delineada no acórdão recorrido:

*“Todavia, assiste razão ao demandado no que atine ao ‘quantum’ indenizatório, pois se infere que o montante de 300 (trezentos) salários mínimos mostra-se excessivo, considerando-se, principalmente, o fator grau de culpa do Ente Estatal no evento, que, como se depreende do laudo pericial (fls. 101 a 109 - levantamento nº 2494/99), há evidências tanto no sentido de homicídio como também de suicídio.*

*(...) Destarte, conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim, conforme amplamente especificado no Parecer Ministerial” (fls. 292 e 294 do acórdão recorrido).*

6. A questão fática poderia suscitar dificuldades considerada a hipótese de suicídio do preso. Todavia, é certo que a responsabilidade do Estado, objetivamente adstrita ao nexo causal entre o *“comportamento administrativo e o evento danoso”* (Celso Antônio Bandeira de Mello) viu-se atestada pelo conjunto probatório, na origem, sendo inadmissível o seu reexame nesta instância extraordinária (Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal).

Em sua manifestação (na qual se pleiteia o ingresso da União no feito), a Advocacia-Geral da União relata que *“a vítima veio a falecer em consequência de enforcamento, circunstância que, conforme se afirma na inicial, até o presente momento não foi esclarecida. não se podendo afirmar com precisão se o enforcamento foi decorrente de suicídio ou homicídio”*. Não é, contudo, o que se tem no acórdão.

Não custa anotar que a sistemática de responsabilização objetiva do Estado inverte o ônus da prova, não se tendo comprovado (segundo se tem no acórdão recorrido) a tese da Recorrente, que, se verdadeira, deveria ter-se lastreado em provas suficientes, o que não ocorreu.

No Recurso Extraordinário n. 121.130 (Relator o Ministro Francisco Rezek, DJ 14.5.1996), a Segunda Turma deste Supremo Tribunal afastou a responsabilidade do Estado em caso de detento que se suicidara depois de ser preso por embriaguês. Todavia, naquele caso específico, o Tribunal de origem registrou *“que o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não tendo a Administração concorrido de qualquer modo para o mesmo”*<sup>10</sup>. Situação, portanto, muito diversa da presente.

7. Além disso, cumpre reafirmar que a configuração da responsabilidade objetiva prescinde do aferimento de dolo ou culpa de seus agentes, restringindo-se à demonstração do que o Ministro Cunha Peixoto denominava de *“causalidade do ato e não da culpabilidade do Agente”* (RE 84.072, DJ de 1º.5.1978).

José Afonso da Silva esclarece:

*“O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo para lhe socorrer o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova: basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcio-*

<sup>10</sup> “O venerando acórdão ora recorrido negou provimento ao recurso, ponderando que: ‘(...) na hipótese dos autos, ficou provada a culpa da vítima na eclosão do evento danoso. (...) Não obstante os argumentos usados pelo Ministério Público, de ambas as instâncias, não há falar em prisão ilegal. Esta foi efetuada em benefício da própria vítima, que, naquele estado lamentável, estava brigando com um tal de ‘Bicão’, segundo disse sua viúva (fls. 97 v.), e naturalmente poderia machucar-se ou até encontrar a morte. (...) Por outro lado, também não se pode cogitar de falta de serviço ou de culpa dos agentes do Estado na guarda do detento. Pelo contrário, eles o colocaram sozinho numa cela, dela retirando tudo o que pudesse ser usado na prática de um ato tresloucado; e é inexigível que fosse colocado um funcionário à sua disposição para vigiá-lo a noite inteira. Conclui-se, portanto, que o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não tendo a Administração concorrido de qualquer modo para o mesmo” (voto condutor no Recurso Extraordinário n. 121.130, Relator o Ministro Francisco Rezek, DJ 14.5.1996).

*naís, que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente, para o fim de mover-lhe ação regressiva, assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem que pagar” (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009, 5ª ed., p. 349).*

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 272.839, decidiu pela “*responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos*”.

Transcrevo os fundamentos do voto do Relator, o Ministro Gilmar, naquele recurso extraordinário (n. 272.839) no qual demonstrado, como avanço constitucional, a responsabilização do Estado decorrente de seu “*dever de vigilância ou guarda*”, na linha de vários outros precedentes deste Supremo Tribunal:

*“Sobre a responsabilidade objetiva do Estado, vale destacar a análise do professor Celso Antonio Bandeira de Mello:*

*‘Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evolui de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, vale dizer, ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.’*

*Relativamente à questão de ser suficiente ou não, para caracterizar a responsabilidade de indenizar o dano causado, a mera objetividade de uma conduta estatal lesiva a terceiro, acrescenta o Professor paulista:*

*‘Parece-nos que a solução correta do problema, à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito – prescindindo-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos Constitucionais –, exige o discrimen de três situações distintas, a saber:*

*a) Casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer comissiva do Estado.*

*b) Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. É a hipótese de ‘falta de serviço’, nas modalidades em que o ‘serviço não funcionou’ ou ‘funcionou tardiamente’ ou, ainda, funcionou de modo incapaz de obstar à lesão. Excluiu-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora*

da lesão. Trata-se, aqui, apenas, de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano.

c) *Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação.* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 15ª ed., São Paulo, 2003, pp. 861, 868-869)

*De acordo com esse entendimento, diferentemente da responsabilidade subjetiva, cuja indenização decorre de um procedimento culposo ou doloso, a responsabilidade objetiva estaria caracterizada pela relação causal entre a atuação estatal e o dano produzido, correlacionada a uma situação de risco. Neste caso, somente a ausência do nexos causal poderia eximir o Estado de responder pela lesão produzida.*

*Ressalte-se que, entre nós, foi a partir da Constituição de 1946 (art. 194) que se possibilitou a responsabilização do Estado pelos danos oriundos de atos lesivos, independentemente da existência de atuação culposa de seus agentes (na Constituição de 1988, art. 37, §6º).*

*No julgamento do RE 84.072 (DJ de 1º.5.1978), Relator o Ministro Cunha Peixoto, ressaltou-se o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado, com fundamento na teoria objetiva, resulta da causalidade do ato e não da culpabilidade do Agente. A decisão desta corte restou assim ementada:*

**‘EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. DETENTO MORTO POR COMPANHEIRO DE**

*CELA. A teoria hoje dominante é a que baseia a responsabilidade do Estado, objetivamente, no mau funcionamento do serviço, independentemente da culpa do agente administrativo. Culpa provada dos agentes da administração por omissão concorrente para a consumação do evento danoso. Recurso extraordinário do Estado não conhecido.’*

*O Relator ressaltou em seu voto que o princípio da responsabilidade civil do Estado com fundamento na teoria objetiva, consagrado na Constituição de 1946, foi seguido pela Constituição de 1967 (art. 105) e reproduzido na Emenda Constitucional nº 1/69’ (art. 107). Atualmente, este princípio está previsto no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988.*

*Em caso análogo ao dos autos, verifica-se o entendimento desta Corte nesse mesmo sentido, conforme se depreende do julgamento do RE 102.160 (DJ de 28.2.1997), da relatoria de Néri da Silveira:*

*“Recurso Extraordinário. Ação de indenização contra o Estado. Menor, por suspeita de furto, recolhido a Delegacia de Furtos e Roubos. Informando o menor a participação de terceiro, este foi, também, preso e recolhido à mesma cela, onde veio a matar o informante. Responsabilidade do Estado pela morte do menor, afirmando o acórdão que era do conhecimento da autoridade policial a periculosidade do homicida. Procedência da ação, condenado o Estado, diante das circunstâncias do caso, a pagar pensão mensal de dois terços de salário mínimo regional reajustável, à autora, “durante o período que vai da morte de seu filho até o dia em que completaria ele sessenta e cinco anos de idade, período naturalmente encurtado se sobrevier antes o falecimento da apelada.” Súmulas 490 e 491. (...)”*

*Verifica-se que esta Corte adotou ainda a responsabilidade civil objetiva do ente público, considerando o nexo de causalidade entre a ação praticada por terceiro, estranho ao serviço público, e a lesão causada à pessoa que estava sob a custódia do Estado, o qual deveria zelar pela sua integridade física. É o caso objeto do RE 109.615, Rel. Celso de Mello, 1ª T., DJ 02.08.96, em acórdão assim ementado:*

*“E M E N T A: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.*

*- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.*

- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).

- O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50).

- **RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO.** - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.

- A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.” (RDA 137/233 - RTJ 55/50)

Por fim, destaco o julgamento do RE 372.472-RN, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.11.2003. Nesse caso, esta Segunda Turma apreciou matéria semelhante ao do presente Recurso Extraordinário com fundamentação relativamente distinta da desenvolvida nos demais precedentes arrolados. Tratava-se de pedido de indenização em razão do assassinato de um preso por outro detento. Na espécie, esta Colenda Corte interpretou que, uma vez configurado o ato omissivo da Administração, a responsabilidade do Estado é subjetiva, caracterizando-se sempre que houver falta do serviço (*faute du*

service) e o correspondente nexa causal. Vejamos o teor da Ementa desse julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.

I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência -, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexa de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. - Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.

IV. - R.E. conhecido e não provido. (RE 372.472-RN, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.11.2003.)

A partir dos precedentes desta Corte, portanto, observa-se que uma das hipóteses do reconhecimento da responsabilidade do Estado, consubstancia-se no dever de vigilância que lhe é atribuído. Assim, apesar do fundamento que considera a configuração de uma espécie de culpa genérica da Administração (*faute du service*), destaco o argumento jurídico de que, no caso concreto sob análise, a responsabilidade advinda do dever de vigilância ou guarda pode ser objetivamente imputado ao aparato estatal.

Na espécie, o detento estava em cumprimento de pena privativa de liberdade, portanto, sob a custódia do Estado.

Trata-se, portanto, da hipótese em que o nexa de causalidade que imputa a responsabilidade do Poder Público advém do dever constitucional de guarda, consagrado no art. 5º, XLIX ("é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"). Neste caso, ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, prevalece a responsabilidade do Estado pela reparação do dano.

Esta Corte tem ainda admitido a redução ou mesmo a exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado da ocorrência do dano. É o que se verifica da seguinte passagem do voto de Moreira Alves, relator do RE 209.137:

*“Essa solução se funda na circunstância de que a responsabilidade objetiva, inclusive a das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado a que alude o artigo 37, § 6º, da atual Constituição, é excluída ou atenuada quando a causa do dano decorre exclusivamente da ação da vítima, ou quando há concorrência de causas, em função, no primeiro caso, da ausência do nexo de causalidade na ocorrência do dano para determinar a responsabilidade daquelas pessoas jurídicas, ou, no segundo caso, da causalidade concorrente para a verificação do dano.”*

*Na espécie, não há sequer cogitar em exclusão da responsabilidade do Estado, uma vez que não há a menor comprovação de que a vítima tenha contribuído de alguma forma para o evento, conforme expresse no voto do relator do acórdão recorrido (fls. 121).*

*Diante dessas considerações, nego provimento ao recurso extraordinário.*

É o meu voto. (RE 272.839, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 8.4.2005).

**8.** Transcrevo ainda, nesse mesmo sentido, voto do Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento n. 299.125, Dje 20.10.2009, no qual também demonstrada a necessidade de suficiente contraprova, na origem, pela Administração Pública:

*“O Estado de São Paulo, no apelo extremo em questão, alega que, ‘ao apontar a responsabilidade estatal pelo episódio, desconsiderou o E. Tribunal o fato de que os agentes policiais agiram no estrito cumprimento do dever legal, em contraposição à injusta agressão dos amotinados, durante rebelião nas dependências da Casa de Detenção’ (fls. 109 ‘grifei).*

*O exame destes autos convence-me de que não assiste razão ao Estado ora agravante, quando sustenta que o estrito cumprimento de dever legal e a prática de legítima defesa ‘que, alegadamente, teriam pautado a conduta de seus agentes – bastariam para descaracterizar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público a respeito do evento danoso em causa.*

*Com efeito, a situação de fato que gerou o trágico evento narrado neste processo põe em evidência a configuração, no caso, de todos os pressupostos primários que determinam o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal ora agravante.*

*Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º).*

*Essa concepção teórica - que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público - faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado, consoante enfatiza o magistério da doutrina (HELY LOPES MEIRELLES, 'Direito Administrativo Brasileiro', p. 650, 31ª ed., 2005, Malheiros; SERGIO CAVALIERI FILHO, 'Programa de Responsabilidade Civil', p. 248, 5ª ed., 2003, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Curso de Direito Administrativo', p. 90, 17ª ed., 2000, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, 'Responsabilidade Civil do Estado', p. 40, 2ª ed., 1996, Malheiros; TOSHIO MUKAI, 'Direito Administrativo Sistematizado', p. 528, 1999, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, 'Curso de Direito Administrativo', p. 213, 5ª ed., 2001, Saraiva; GUILHERME COUTO DE CASTRO, 'A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro', p. 61/62, 3ª ed., 2000, Forense; MÔNICA NICIDA GARCIA, 'Responsabilidade do Agente Público', p. 199/200, 2004, Fórum, v.g.), cabendo ressaltar, no ponto, a lição expendida por ODETE MEDAUAR ('Direito Administrativo Moderno', p. 430, item n. 17.3, 9ª ed., 2005, RT):*

*'Informada pela 'teoria do risco', a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como 'responsabilidade objetiva'. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração.*

*Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.' (grifei)*

*É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais (de todo inocorrentes na espécie em exame) configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 ' RTJ 55/50 - RTJ 163/1107--1109, v.g. ).*

*Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min.*

CELSE DE MELLO, v.g.), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ‘eventus damni’ e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 ‘ RTJ 91/377 ‘ RTJ 99 /1155 - RTJ 131/417).

A compreensão desse tema e o entendimento que resulta da exegese dada ao art. 37, § 6º, da Constituição foram bem definidos e expostos pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos cujos acórdãos estão assim ementados:

(...) (RTJ 163/1107-1108, Rel. Min. CELSO DE MELLO)  
(...) (RTJ 182/1107, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – grifei ).

É por isso que a ausência de qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência da regra inscrita no art. 37, § 6º, da Carta Política basta para descaracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado, especialmente quando ocorre circunstância que rompe o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano pessoal ou patrimonial infligido ao ofendido.

Estabelecidas tais premissas, passo ao exame destes autos. E, ao fazê-lo, observo que as circunstâncias do presente caso - apoiadas em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal ‘a quo’ ‘evidenciam que todos os elementos identificadores da responsabilidade civil objetiva do Estado acham-se demonstrados no caso ora em análise, especialmente o nexo de causalidade material (que restou plenamente configurado) e cuja ruptura a parte ora agravante, que alegara a ocorrência de causa excludente de sua responsabilidade civil, não conseguiu demonstrar.

Daí a correta observação feita pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento da apelação cível interposta pela parte ora agravante (fls. 81/82):

‘Com a prisão do indivíduo, assume o Estado o dever de cuidar de sua incolumidade física, quer por ato do próprio preso (suicídio), quer por ato de terceiro (agressão perpetrada por outro preso).

Assim, ante a rebelião que eclodiu no Pavilhão 9, da Casa de Detenção, tinha o Estado o dever de proteger a incolumidade física dos presos e dos próprios revoltosos, uns dos atos dos outros. Sua intervenção no episódio era, portanto, de rigor.

E ocorrendo ofensa à integridade física e morte do detento, é seu dever arcar com a indenização correspondente. A propósito, ressalta RUY

BARBOSA: - 'a legalidade do ato, ainda que irrepreensível, não obsta à responsabilidade civil da administração desde que haja dano a um direito' (*A Culpa Civil das Administrações Públicas* ' 1898, Rio, pág. 67).

Tal dever somente restaria afastado se a ação causadora do evento danoso tivesse ocorrido em legítima defesa própria (entenda-se: - do agente policial) ou de terceiro (de outro preso) que, no momento, estaria sendo agredido ou na iminência de o ser, frise-se, pelo detento morto.

Mas mesmo encontrando-se nessa situação lícita (legítima defesa), se tivesse produzido, com sua ação, a morte de outrem não envolvido no fato ('*aberratio ictus*'), sua seria também a obrigação de indenizar, pois a ação, apesar de necessária, foi agressiva, atingindo quem não estava em posição de ataque (art. 1519 do Código Civil).

Assim, para afastar sua obrigação de reparar o dano, deveria a Fazenda do Estado demonstrar que o detento falecido, Francisco Ferreira dos Santos, estava, no momento de sua morte, agredindo os policiais ou outro preso. Mas esta prova não foi produzida (o '*onus probandi*' é seu). Como não a produziu, certa é sua obrigação de indenizar.' (grifei)

Inquestionável, desse modo, que o Tribunal de Justiça local 'ao reconhecer não comprovada, pelo Estado de São Paulo, a ocorrência da alegada causa de exclusão da responsabilidade estatal 'assim decidiu com apoio no conjunto probatório subjacente ao pronunciamento jurisdicional em referência.

Esse dado assume relevo processual, pois a discussão ora suscitada pelo Estado de São Paulo - em torno da pretendida existência, na espécie, de causa excludente de responsabilidade - revela-se incabível em sede de recurso extraordinário, por depender do exame de matéria de fato, de todo inadmissível na via do apelo extremo.

Como se sabe, o recurso extraordinário não permite que se reexaminem, nele, em face de seu estrito âmbito temático, questões de fato ou aspectos de índole probatória (RTJ 161/992 ' RTJ 186/703). É que o pronunciamento do Tribunal 'a quo' sobre matéria de fato reveste-se de inteira soberania (RTJ 152/612 ' RTJ 153/1019 ' RTJ 158/693 , v.g. ).

Impende destacar, neste ponto, que esse entendimento (inadmissibilidade do exame, em sede recursal extraordinária, da existência, ou não, de causa excludente de responsabilidade), tratandose do tema suscitado pela parte ora agravante, tem pleno suporte no magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (AI 411.502/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE ' AI 586.270/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA ' RE 508.315/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE ' RE 595.267/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.):

'ACÓRDÃO QUE DECIDIU CONTROVÉRSIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO COM BASE NA PROVA DOS AUTOS. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 37, § 6.º, E 196 DA CONS-

*TITUIÇÃO FEDERAL. Impossibilidade da abertura da via extraordinária em razão da incidência, na hipótese, do óbice das Súmulas 279, 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido.* ( AI 391.371-AgR/RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei )

*Cumpre ressaltar, por tal razão, em face do caráter soberano do acórdão recorrido (que reconheceu, com apoio no exame de fatos e provas, a ausência de demonstração da ruptura donexo causal sustentada pelo Estado de São Paulo), que o Tribunal de Justiça interpretou, com absoluta fidelidade, a norma constitucional que consagra, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público.*

*Com efeito, o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária, ao fazer aplicação do preceito constitucional em referência (CF, art. 37, § 6º), reconheceu, com inteiro acerto, no caso em exame, a cumulativa ocorrência dos requisitos concernentes (1) à consumação do dano, (2) à conduta dos agentes estatais, (3) ao vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento dos agentes públicos e (4) à ausência de qualquer causa excludente de que pudesse eventualmente decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Estado de São Paulo.*

*Cabe acentuar, por relevante, que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar controvérsia virtualmente idêntica à versada nesta causa, proferiu decisão que se reflete, por igual, no presente julgamento (RTJ 140/636, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).*

*Essa orientação jurisprudencial ‘ cabe enfatizar – reflete-se no magistério da doutrina (RUI STOCO, ‘Tratado de Responsabilidade Civil ‘ Doutrina e Jurisprudência’, p. 1.204, 7ª ed., 2007, RT; ARNALDO RIZZARDO, ‘Responsabilidade Civil’, p. 362 e 369/371, 1ª ed., 2005, Forense; JOSIVALDO FÉLIX DE OLIVEIRA, ‘A Responsabilidade do Estado por ato lícito’, p. 74/82, Editora Habeas; GUILHERME COUTO DE CASTRO, ‘A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro’, p. 52/55, 3ª ed., 2000, Forense; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ‘Curso de Direito Administrativo’, p. 995/997, 1002 e 1026/1027, 26ª ed., 2009, Malheiros; GIANNA CARLA RUBINO LOSS, ‘Responsabilidade Civil do Estado por Atos Lícitos’, ‘in’ Cadernos do Ministério Público do Paraná, vol. 8, nº 01, janeiro/março de 2005, p. 08/12, e JOSÉ ANTONIO LOMONACO e FLÁVIA VANINI MARTINS MARTORI, ‘A Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Lícito’, ‘in’ Revista Nacional de Direito e Jurisprudência nº 06, Ano 1, Junho de 2000, p. 23/24), valendo referir, ante a pertinência de suas observações, o preciso (e sempre valioso) entendimento de YUSSEF SAID CAHALI (‘Responsabilidade Civil do Estado’, p. 44, item n. 3.5, 3ª ed., 2007, RT):*

*‘A responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de*

*abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.’ (grifei)*

*Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere” (decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no AI n. 299125, Dje 20.10.2009).*

9. Ademais, é de se relevar que o evento suicídio, por si só, não teria o condão de desnaturar a responsabilidade objetiva do Estado, ao qual também incumbe zelar pela higidez psíquica dos presos, conforme dispõe o art. 5º, inc. XLIX, da Constituição (resguardo da integridade física e moral dos presos) e inúmeros dispositivos da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984, *v.g.* art. 84, § 4º<sup>11</sup>).

As inomináveis torturas físicas e psicológicas não poucas vezes sofridas pelos internos em estabelecimentos prisionais do País, não podem ser desconsideradas no trágico suicídio:

*“Integridade moral. Esta é um valor talvez até mais importante do que a integridade física. A integridade física sara com o tempo, cicatriza-se mais rapidamente. É bem verdade que não raramente a agressão física contém uma dose apreciável de humilhação que corresponde a uma lesão moral. Contudo, a agressão moral, as ameaças, as chantagens, as pressões familiares, as práticas sexuais, que são física e moralmente arrasadoras, e tantas outras formas que a inventiva policial cataloga na sua imensa veia sádica, ao longo dos tempos, causam horrores a tantos quantos se guiam por princípios de respeito à dignidade da pessoa humana, nela incluída a dignidade dos presos” (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009, 5ª ed., p. 151).*

11 Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. (...) § 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

10. No Recurso Extraordinário n. 215.981, Segunda Turma (Dj 31.5.2002), o Ministro Neri da Silveira apreciou a matéria, anotando as premissas jurídicas que caracterizam a responsabilização objetiva do Estado pelos fatos apurados na origem e a impossibilidade de sua descaracterização ante uma avaliação superficial dos fatos.

Naquele julgado, chamam a atenção os fundamentos utilizados pelo Ministro Néri da Silveira para responsabilizar o Estado do Rio de Janeiro, com base no art. 37, § 6º, da Constituição, pelo homicídio de um interno, praticado por outro. Em seu voto, o Ministro Néri transcreveu as terríveis agruras psicológicas a que se submeteu o preso assassinado em um sistema penitenciário tantas vezes desumanizado pela omissão estatal:

*“O acórdão, quanto aos fatos, assentou (fls. 113/114):*

*‘Na hipótese de que cogitam estes autos a lesão sofrida pela autora não pode ser imputada a agentes de pessoa jurídica de direito público, como pressupõe o artigo 37 - § 6º, da Constituição Federal. A morte de seu filho foi causada no interior do presídio, por outro presidiário.*

*A vítima, como registra a sua folha de antecedentes criminais, respondia a vários processos criminais e já havia sido condenada pela prática de outros ilícitos penais.*

*Integrava uma das facções existentes e estava articulando o domínio do presídio e por essa razão foi morto, consoante depoimento do indiciado no auto de prisão em flagrante (fls. 30). Aliás, essa condição de integrante de facção rival foi admitida pela própria vítima em bilhete encontrado em seu poder (fls. 37).*

*A autora, em dois depoimentos, o primeiro perante à autoridade policial (fls. 67) e o segundo em Juízo, afirmou que o diretor do presídio já havia advertido seu filho do perigo a que estava exposto, propondo-lhe uma segurança que veio a ser expressamente rejeitada.*

*De tudo se conclui que, se o ato ilícito não ocorreu por culpa da própria vítima, ausente se afigura a relação de causalidade, ambas causas exonerativas de responsabilidade do Estado. Inexistente um vínculo entre o dano e a falta da administração. É certo que ao preso é assegurado o respeito à integridade física e moral, mas isso, dentro da nossa realidade, foi observado.*

*Convém aqui anotar que mesmo DUEZ, citado pela autora, como observa AGUIAR DIAS, em festejada obra, já afirmava que “nem defeito do serviço acarreta a responsabilidade: requer-se, para que esta se aperfei-*

*coe, o caráter de defectibilidade, cuja apreciação varia segundo o serviço, o lugar, as circunstâncias” (Da Responsabilidade Civil - vol. II - pág. 611 - 4ª ed.).*

*As condições de nossos presídios, como é do conhecimento público, são calamitosas, como ademais ocorre em grande parte do mundo, em razão da sempre presente falta de verbas para aparelhá-los à sua destinação, tornando impossível conferir ao preso a total, indispensável e merecida segurança, de molde a evitar fatos como o ocorrido com o filho da autora. Mas segundo o serviço, o lugar e as circunstâncias agiu a administração com a cautela posta ao seu alcance, propondo a vítima o único meio de que dispunha para evitar a tragédia e preservar a sua segurança física. Não tentasse a vítima impor o seu pretense comando sobre os demais presos, incompatibilizando-se com outra corrente constituída de presos que disputavam a mesma supremacia, provavelmente, o evento danoso não teria acontecido.”*

*Releva, aqui, ter presente, entretanto, passo do voto vencido do Des. Semy Glanz, ao reconhecer a configuração da responsabilidade objetiva do Estado. Às fls. 115, anotou, verbis:*

*“Ora, diz a Constituição de 1988: ‘Art. 5º, XLIX, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Portanto, não apenas garantia legal, mas com força da Lei Maior. Assim, não poderia ele desistir, estando ameaçado de morte. Aceitando tal ‘desistência’, que tudo indica não era sincera, o Estado, por seus funcionários, aceitou as ameaças e a morte da vítima. Sabemos que não era muito inocente a vítima; mas de todo modo, cabe ao Estado tal proteção. Falhando esta proteção, responde o Estado, sem que se necessite provar a culpa; a responsabilidade é objetiva. Como afirmou o eminente Des. Renato Maneschy, em lapidar acórdão: ‘A formação de facções rivais dentro dos presídios, cujos integrantes se exterminam, já de si evidencia o mau funcionamento do serviço, e não pode servir de motivo para o Estado exonerar-se de sua responsabilidade, que, não coibindo tal fato, se omite no dever de garantir a incolumidade dos presos, entregues à sua guarda’ (Questões de Direito Positivo, Ed. Renovar, 1990, pág. 156; acórdão da 1ª C. Cível, na ap. 3653/87). No mesmo sentido o acórdão desta 4ª CC, na ap. 27.509/85, rel. o em. Des. Fernando Whitaker, in Ementário 7, do T. Justiça nº 9975, pág. 235. Diversos outros julgados podem ser citados, dos diversos Tribunais do País. De modo que, a nosso ver, a responsabilidade, no caso, é patente.”*

*Compreendo, data venia, que não pode, efetivamente, prevalecer, a tese do acórdão expresso em sua ementa (fls. 112):*

*“Responsabilidade civil do Estado. Não responde o Estado pela morte de preso, no interior do presídio, causada por ato de outro presidiário quando ausente a falta administrativa, sobretudo quando a administração*

*coloca ao alcance da vítima o único meio de segurança que dispõe e este vem a ser expressamente recusado para alimentar a disputa, entre facções rivais, do comando sobre os presos.”*

*Não se concilia, efetivamente, esse entendimento com as regras do art. 37, § 6º, e 5º, XLIX, da Lei Maior de 1988. Desde a Constituição de 1946 (art. 194), bem assim na Constituição de 1967 (art. 105), na Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 107), até a Constituição de 1988 (art. 37, § 6º), está, entre nós, consagrado o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, resultante da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Parece fora de dúvida tenha sucedido, efetivamente, na espécie, omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis, de forma razoável, a fim de ser evitado o homicídio do filho da recorrente, qual acabou por acontecer, no interior do presídio. Procede o que sustenta a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no recurso extraordinário, às fls. 154:*

*E a negligência da Administração Pública, no caso ora em questão, ocorreu no momento em que, restando provado nos autos a previsibilidade e a inevitabilidade do assassinato do filho da recorrente, deixou de promover a sua transferência para outro estabelecimento penal, a fim de assegurar a sua incolumidade e integridade física.”*

*Acrescenta a recorrente, às fls. 154/157:*

*“ As cartas de fls. 19/20 (ao juiz da 27ª Vara Criminal), 21/22 e verso (ao juiz da Vara de Execuções Criminais) e 23/25 e verso (ao Secretário de Justiça do E. do Rio), escritas e enviadas pela vítima a seus destinatários, são prova cabal da clara previsibilidade de seu iminente assassinato, o que, afinal, acabou por ocorrer sem que seu pedido de socorro, manifestado naquelas cartas, houvesse sido atendido, uma vez que não foi tomada uma única providência sequer no sentido de que o fato fosse evitado.*

*São palavras de desespero e súplica, partidas de alguém que parece confiar que a Administração Pública teria condição de mudar o seu destino. Do contrário não seriam escritas:*

*Fls. 21: “Meritíssimo, suplico mais uma vez que interceda e me socorra, pois não estou suportando tanta covardia.”*

*“Gostaria, Excelência, na medida do possível, ser transferido para a Penitenciária Ferreira Neto, em Niterói.”*

*“Estou desesperado. Socorra-me, pelo amor de Deus. Ajude-me a superar tudo isso com dignidade e sem passar pelo que tenho passado, pois já não estou quase suportando tanta tortura física... e mental.”*

*Fls. 23: “...rogar a Vossa Senhoria as providências que se fizerem necessárias para que seja garantida a minha integridade*

*física...”*

*“Senhor Secretário, eu nem faço questão de ter tudo o que perdi, a paz, a tranquilidade, o carro, nada... eu só quero a garantia de vida e da integridade física minha e da minha mãe, com quase 60 anos...”*

*Difícilmente, em processos desta natureza, resta provado, de forma tão clara, a previsibilidade da ameaça e da agressão à integridade física e vida de um detento.*

*Há que se ressaltar que um preso recolhido a um estabelecimento penitenciário, encontra-se no mesmo, não por vontade própria, mas sim por condução coativa do Estado, com a finalidade de cumprir pena que decorre de uma sentença criminal condenatória.*

*Cabe, portanto, ao Estado, o dever intransferível de garantir a integridade física daquele preso.*

*E, ressalte-se ainda, que a arma utilizada para a prática do crime foi uma “faca” tipo de cozinha (fls. 31), introduzida, é evidente, de forma ilícita, na área restrita aos prisioneiros, o que também evidencia mais uma negligência por parte da Administração Pública.*

*Tivessem sido adotadas as mínimas cautelas exigidas pelo dever de ofício da Administração Pública e o crime não teria ocorrido.*

*Desta forma, devidamente demonstrados o nexos causal e a culpa in vigilando dos agentes do poder público.*

*Não apenas o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, implícito no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas também a doutrina e a jurisprudência têm firmado decisão no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, somente cabendo exoneração em caso de culpa exclusiva da vítima, ou motivo de força maior, circunstâncias não ocorridas e, portanto, não provadas nos presentes autos.”*

*Do exposto, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento, para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, ora recorrente, a ser fixada em execução de sentença, considerado, para o isso, o limite de sessenta e cinco anos como vida provável da vítima, cessando, à evidência, a pensão se antes sobrevier o óbito da autora, diante dos termos da inicial, quanto às atividades profissionais do de cujus, sem prejuízo do que lhe garantiu o acórdão nos embargos infringentes (fls. 115v. e 144), quanto às despesas com funeral, estabelecendo-se, a título de honorários advocatícios, o percentual de 5% sobre o valor da condenação, devidamente atualizados” (voto condutor do Ministro Néri da Silveira, Relator do RE 215.981, Segunda Turma, DJ 31.5.2002).*

**11.** Nos termos dos elementos fáticos consubstanciados no acórdão recorrido, não há qualquer circunstância suficientemente comprovada

pela Administração Pública, apta a “*rompe[r] o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano pessoal ou patrimonial infligido ao ofendido*” (AI n. 299125, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 20.10.2009), impondo-se, portanto, o desprovimento do recurso.

**12.** Pelo exposto, **voto pelo desprovimento do recurso**, acompanhando o Relator quanto à tese firmada em repercussão geral.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em ordem sucessiva e crescente, louvo o Juízo; louvo a Procuradora de Justiça que atuou na Câmara, prolatora do acórdão impugnado mediante o extraordinário, a Doutora Eliana Moreschi; e louvo o próprio Relator.

Reporto-me ao voto que proferi na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, mencionada por Vossa Excelência, sobre o sistema penitenciário nacional. Vejo que o Tribunal caminha para evoluir, porque, no julgamento, pela Segunda Turma – e a integrava à época –, do recurso extraordinário nº 121.130, ocorreu a exclusão da obrigação de o Estado indenizar, isso ante o suicídio do detento. Não participei do julgamento. A certidão de julgamento aponta que estive ausente na assentada.

Creio que não podemos caminhar para outra conclusão, senão o desprovimento deste recurso, não cogitando, como já veiculei, da aplicação do Código Civil quanto à proporcionalidade indenizatória, em se tratando de culpa da vítima. Não podemos atribuir a ela, considerado o contexto penitenciário, culpa por haver chegado ao suicídio, que, presente a notoriedade, imaginamos decorrente das precárias situações a que me referi.

Acompanho, Presidente, o Relator, dizendo da proficiência do voto proferido, inclusive quanto à simplificação do enunciado que será aprovado pelo Colegiado.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu também acompanho integralmente o voto do eminente Relator, extremamente claro, objetivo e substancial. E também acompanho na tese agora reajustada.

E quero dizer que a conclusão da Corte representa um grande avanço para o saneamento do nosso sistema prisional. Eu já disse, mais de uma vez, que nós temos a quarta maior população carcerária do mundo, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, mais de seiscentos mil presos, duzentos e quarenta mil provisórios.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Certamente, quanto aos presos provisórios, estamos em primeiro lugar.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Bom, quanto a isso eu acho que não temos dúvida nenhuma

De maneira que essa decisão fará com que o Estado tome mais cuidado com relação àqueles que estão sob sua custódia.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526 RIO GRANDE DO SUL

## ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Então, a tese, afinal, aprovada, que eu vou mandar imprimir para entregar a Vossa Excelência, é a seguinte: “Em caso de não observância do seu dever específico de proteção, previsto no art. 5º, inciso XLIX, o Estado é responsável pela morte de detento, admitindo-se a comprovação, pelo Poder Público, de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-a do dever de reparação.”

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Presidente, tenho a restrição já anunciada. Penso que o enunciado, quando se julga recurso extraordinário sob o ângulo da repercussão geral, deve evitar controvérsias. E não vejo como criar-se situação em que a responsabilidade do Estado, ante o contexto atual das penitenciárias, ficará excluída. Creio que geraremos – com a cláusula final da tese proposta pelo Relator – inúmeras controvérsias, a multiplicação de processos e a chegada desses processos até o Supremo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Uma observação, Senhor Presidente. Tendo em vista que nós invertemos a proposição: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção, previsto no art. 5º, inciso XLIX, o Estado é responsável pela morte de detento.” **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – É a primeira parte: “em caso de inobservância”.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - “Em caso de inobservância do seu dever específico”, não tem saída.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Perfeito, é uma tese sintética e resume o pensamento.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Já contempla a parte final.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - E aí não abre a brecha.

## PLENÁRIO

### EXTRATO DE ATA

#### RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

RECTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S) : V J DE Q (REPRESENTADO POR SIMONE JARDIM)

ADV.(A/S) : PEDRO PAULO DA SILVA FRAGA (35505/RS) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 592 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário. Em seguida, também por unanimidade, o Tribunal fixou a seguinte tese: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”. Falaram pelo recorrente, Estado do Rio Grande do Sul, o Procurador-Geral do Estado Dr. Victor Herzer da Silva, e, pela Defensoria Pública da União, o Defensor Público-Geral Federal Dr. João Alberto Simões Pires Franco. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, este participando, em Portugal, do IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito, promovido pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP) e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 30.03.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/Maria Sílvia Marques dos Santos

Assessora-Chefe do Plenário

**CS Chile acoge recurso de amparo (habeas corpus) a favor de grupo de 35 internos privados de libertad en centro penitenciario, los que fueron agredidos por sus Gendarmes (funcionarios públicos encargados de su custodia) CS Chile 2015.10.29 rol 18852-2015)**

**Síntesis jurídica:**

Corte Suprema revoca sentencia en alzada y acoge recurso de amparo a favor de 35 internos golpeados por gendarmes. Señala que Gendarmería de Chile, en representación del Estado, tiene la condición de garante de la seguridad individual de toda persona que se encuentre bajo su custodia y que la situación vivida por los internos atenta contra la seguridad individual de los mismos. (Considerandos nros. 4 y 5)

**Síntesis de los hechos:**

Abogados defensores penales públicos de la ciudad de Iquique interponen en la Corte de Apelaciones de esa ciudad un recurso de amparo a favor de 35 internos del módulo 31 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, quienes denuncian haber sido golpeados por los gendarmes encargados de su custodia. En definitiva la Corte Suprema de Chile acoge el recurso cautelar la integridad física de los internos referidos, garantizarle un trato digno, dando estricto cumplimiento a lo establecido en la ley y la Constitución Política de la República.

### Texto de la sentencia:

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil quince.

A fojas 101: téngase presente.

#### **Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos tercero y cuarto, que se eliminan.

#### **Y se tiene en su lugar y, además presente:**

**1º** Que el recurso de amparo que regula el artículo 21 de la Constitución Política de la República no ha sido establecido sólo para la protección de la libertad personal de las personas, sino de cualquier privación, perturbación o amenaza en su seguridad individual, facultándose a la magistratura para disponer las medidas que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

**2º** Que los antecedentes acompañados al tiempo de deducirse la presente acción constitucional, a saber, carta suscrita por 35 internos del módulo 31 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, cuya data es de 11 de septiembre del presente año, y fotografías tomadas 11 días después, en las cuales se visualizan lesiones en los cuerpos de las personas identificadas en el documento, emitido por Héctor Mérida Céspedes, periodista – fotógrafo de la Unidad de Prensa de la Defensoría Penal Pública de la Región de Tarapacá, permiten, en esta sede cautelar, tener por acreditado que las personas por las que se ha comparecido a fojas 15 han sido objeto de vulneración de sus derechos, particularmente el relativo a la seguridad individual, hechos que han acontecido en el tiempo que se encontraban privados de libertad.

Los informes médicos acompañados entre fojas 59 y 76 vta. no obstan a tal conclusión, desde que ellos fueron realizados con bastante posterioridad a la época de las circunstancias denunciadas y por otra parte no existe antecedente alguno que identifique la calidad profesional de quien realiza el diagnóstico físico que en ellos se señala.

**3º** Que el artículo 15 del Decreto Ley N° 2859 de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, señala que “El personal de Gendarmería deberá otorgar a cada persona privada de libertad un trato digno propio de su condición humana”.

**4º** Que la norma referida en el motivo precedente impone a Gendarmería de Chile, en representación del Estado, la condición de garante de la seguridad individual de toda persona que se encuentre bajo su custodia, lo que se encuentra acorde con el texto del artículo 21 de la Constitución Política de la República, según se señalara en el fundamento primero de la presente sentencia.

**5º** Que, en consecuencia, la situación vivida por los internos respecto de los cuales se ha deducido la acción constitucional de amparo, atenta contra la seguridad individual de los mismos, la cual se encuentra garantizada en el numeral 7º del artículo 19 de la Carta Fundamental, razón por la cual habrá de otorgárseles la protección que a su respecto se impetra.

Por estas consideraciones, normas citadas y de conformidad, además, con lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Amparo, se declara que se revoca la sentencia apelada de cinco de octubre de dos mil quince, escrita de fojas 87 a 89 vta. y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo deducido a fojas 15 en favor de Paulo Antonio Salinas Solimano, Javier Osvaldo Salgado Reyes, Marcelo Rodrigo Villalón Vargas, Lorenzo Eduardo Figueroa Pimentel, Jaime Andrés Álvarez Saldaña, Jean Daniel Esteban Criado Soto, José Luis Araya Figueroa, Nelson

Brian Izquierdo Baeza, Franco Gabriel Díaz Vásquez, Jean Paul Muñoz Grimaldos, Patricio Alexis Cabión Acevedo, Evaristo Andrés Araya Guevara, Cristián Andrés Ríos Bravo, Yair Alexander Lobos Esteban, Esteban Patricio Valdivia Cárcamo, José Eleazar Zepeda Ahumada, Claudio Giovanni Espinoza Vergara, Germán Rodolfo Rodríguez Carvajal, Darwin Hannan Bejar Trivick, Giovanni Alexis Rivera Caballero, Cristian Armando Bravo Cid, Richard Alberto Segundo Hernández Broudissond, Javier Andrés Hidalgo Madrid, Diego Felipe Valenzuela Araos, Ángel Leandro Olave Canales, Hugo César Durán Mendoza, Hugo Wladimir Marambio Naveas, Ángel Esteban Gómez Collao, Ignacio Nicolás Flores Arévalo, José Antonio Valenzuela Contreras, Javier Alejandro Baros Barrera, Álvaro Alberto Jaime Rojas Tabilo, Cristian Andrés Monroy Vilches, José Luis Farías Valdés, Nelson Alejandro Valdivia Cárcamo y Alfonso Enrique Valencia González, todos condenados que habitan el módulo 31 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, y se resuelve:

- I. Que Gendarmería de Chile deberá cautelar la integridad física de los internos referidos, garantizándoles un trato digno, dando estricto cumplimiento a lo establecido en la ley y la Constitución Política de la República;
- II. Oficiar a la Dirección Regional de Gendarmería de Chile a fin que, dentro de décimo día, informe a esta Corte Suprema los resultados del sumario administrativo instruido mediante Resolución Exenta N° 1289 de 24 de septiembre pasado, emitida por el Director Regional de Tarapacá de Gendarmería de Chile;
- III. Que Gendarmería de Chile informe las razones que motivaron el traslado, tanto a otros Centros Penitenciarios como a otras áreas del penal, de los internos Javier Andrés Hidalgo Madrid, Cristián Andrés Ríos Bravo, Paulo Antonio Salinas Solimano, Ángel Esteban Gómez Collao y Álvaro Alberto Jaime Rojas Tabilo;
- IV. Poner estos antecedentes en conocimiento del Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Iquique a fin que evalúe el mérito de los mismos;
- V. Poner estos antecedentes en conocimiento del Ministerio Público.  
Regístrese, comuníquese y devuélvase.  
Rol N° 18.852-15

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Haroldo Brito C., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Cerda F. y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Jorge Lagos G. No firman el Ministro Sr. Brito y el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo de la resolución, por estar con licencia médica y ausente, respectivamente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de octubre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil quince.

A fojas 101: téngase presente.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos tercero y cuarto, que se eliminan.

**Y se tiene en su lugar y, además presente:**

1º Que el recurso de amparo que regula el artículo 21 de la Constitución Política de la República no ha sido establecido sólo para la protección de la libertad personal de las personas, sino de cualquier privación, perturbación o amenaza en su seguridad individual, facultándose a la magistratura para disponer las medidas que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

2º Que los antecedentes acompañados al tiempo de deducirse la presente acción constitucional, a saber, carta suscrita por 35 internos del módulo 31 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, cuya data es de 11 de septiembre del presente año, y fotografías tomadas 11 días después, en las cuales se visualizan lesiones en los cuerpos de las personas identificadas en el documento, emitido por Héctor Mérida Céspedes, periodista – fotógrafo de la Unidad de Prensa de la Defensoría Penal Pública de la Región de Tarapacá, permiten, en esta sede cautelar, tener por acreditado que las personas por las que se ha comparecido a fojas 15 han sido objeto de vulneración de sus derechos, particularmente el relativo a la seguridad individual, hechos que han acontecido en el tiempo que se encontraban privados de libertad.

Los informes médicos acompañados entre fojas 59 y 76 vta. no obstan a tal conclusión, desde que ellos fueron realizados con bastante posterioridad a la época de las circunstancias denunciadas y por otra parte no existe antecedente alguno que identifique la calidad profesional de quien realiza el diagnóstico físico que en ellos se señala.

3º Que el artículo 15 del Decreto Ley N° 2859 de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, señala que “El personal de Gendarmería deberá otorgar a cada

persona privada de libertad un trato digno propio de su condición humana”.

4º Que la norma referida en el motivo precedente impone a Gendarmería de Chile, en representación del Estado, la condición de garante de la seguridad individual de toda persona que se encuentre bajo su custodia, lo que se encuentra acorde con el texto del artículo 21 de la Constitución Política de la República, según se señalara en el fundamento primero de la presente sentencia.

5º Que, en consecuencia, la situación vivida por los internos respecto de los cuales se ha deducido la acción constitucional de amparo, atenta contra la seguridad individual de los mismos, la cual se encuentra garantizada en el numeral 7º del artículo 19 de la Carta Fundamental, razón por la cual habrá de otorgárseles la protección que a su respecto se impetra.

Por estas consideraciones, normas citadas y de conformidad, además, con lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Amparo, se declara que se revoca la sentencia apelada de cinco de octubre de dos mil quince, escrita de fojas 87 a 89 vta. y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo deducido a fojas 15 en favor de Paulo Antonio Salinas Solimano, Javier Osvaldo Salgado Reyes, Marcelo Rodrigo Villalón Vargas, Lorenzo Eduardo Figueroa Pimentel, Jaime Andrés Álvarez Saldaña, Jean Daniel Esteban Criado Soto, José Luis Araya Figueroa, Nelson Brian Izquierdo Baeza, Franco Gabriel Díaz Vásquez, Jean Paul Muñoz Grimaldos, Patricio Alexis Cabión Acevedo, Evaristo Andrés Araya Guevara, Cristián Andrés Ríos Bravo, Yair Alexander Lobos Esteban, Esteban Patricio Valdivia Cárcamo, José Eleazar Zepeda Ahumada, Claudio Giovanni Espinoza Vergara, Germán Rodolfo Rodríguez Carvajal, Darwin Hannan Bejar Trivick, Giovanni Alexis Rivera Caballero, Cristian Armando Bravo Cid, Richard Alberto Segundo Hernández Broudissond, Javier Andrés Hidalgo Madrid, Diego Felipe Valenzuela Araos, Ángel Leandro Olave Canales, Hugo César Durán Mendoza, Hugo Wladimir Marambio Naveas, Ángel Esteban Gómez Collao,

CHILE

Ignacio Nicolás Flores Arévalo, José Antonio Valenzuela Contreras, Javier Alejandro Baros Barrera, Álvaro Alberto Jaime Rojas Tabilo, Cristian Andrés Monroy Vilches, José Luis Farías Valdés, Nelson Alejandro Valdivia Cárcamo y Alfonso Enrique Valencia González, todos condenados que habitan el módulo 31 del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio, y se resuelve:

- I. Que Gendarmería de Chile deberá cautelar la integridad física de los internos referidos, garantizándoles un trato digno, dando estricto cumplimiento a lo establecido en la ley y la Constitución Política de la República;
- II. Oficiar a la Dirección Regional de Gendarmería de Chile a fin que, dentro de décimo día, informe a esta Corte Suprema los resultados del sumario administrativo instruido mediante Resolución Exenta N° 1289 de 24 de septiembre pasado, emitida por el Director Regional de Tarapacá de Gendarmería de Chile;
- III. Que Gendarmería de Chile informe las razones que motivaron el traslado, tanto a otros Centros Penitenciarios como a otras áreas del penal, de los internos Javier Andrés Hidalgo Madrid, Cristián Andrés Ríos Bravo, Paulo Antonio Salinas Solimano, Ángel Esteban Gómez Collao y Álvaro Alberto Jaime Rojas Tabilo;
- IV. Poner estos antecedentes en conocimiento del Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Iquique a fin que evalúe el mérito de los mismos;
- V. Poner estos antecedentes en conocimiento del Ministerio Público.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Rol N° 18.852-15

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Haroldo Brito C., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Cerda F. y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Jorge Lagos G. No firman el Ministro Sr. Brito y el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo de la resolución, por estar con licencia médica y ausente, respectivamente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de octubre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**CS Chile acoge recurso de nulidad por juicio verificado en ausencia del imputado y ordena realizar uno nuevo por violación del derecho a defensa. (CS Chile 2015.11.26 rol 18.140-2015)**

**Síntesis Jurídica:**

Señala la Corte Suprema que “Integra el derecho a la defensa, la posibilidad que tiene el imputado, entre otras, de preparar adecuadamente su defensa, el conocimiento efectivo de la acusación, elegir abogado defensor, controlar la prueba producida por el ente acusador, participar directamente en la producción de la misma, tanto en la etapa previa como en el juicio propiamente tal. Ahora, si bien es cierto que dichas actividades son, habitualmente, realizadas por el defensor técnico, no significa que el imputado quede excluido de realizarlo por sí mismo.

A consecuencia de lo anterior es que resulta obligatoria la presencia del imputado durante el juicio, presencia que importa, en esta perspectiva, la posibilidad concreta y real de participar en el desarrollo del juicio y los debates suscitados en él. (Considerando 4)

**Síntesis de los hechos:**

La defensa recurre de nulidad en contra de la sentencia condenatoria dictada en el marco de un procedimiento simplificado, que se lleva a efecto sin la presencia del imputado, al desestimar el Tribunal la licencia médica que acompañó su defensor justificado su inasistencia.

### Texto de la sentencia:

Santiago, veintiséis de noviembre de dos mil quince.

Vistos

En esta causa Ruc N° 1500371627-6 y Rit N° 4255-2015, el Juzgado de Garantía de Viña del Mar, por sentencia de veintitrés de septiembre de dos mil quince, condenó a Ariel Branco Gallardo Sarmiento a la pena de cuatrocientos días de presidio menor en su grado mínimo, multa de 6 Unidades Tributarias Mensuales y accesorias de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, sin costas, por su responsabilidad como autor del delito de hurto de especies, perpetrado en esa ciudad el día 16 de abril de 2015. Sustituye la pena por la de reclusión parcial nocturna domiciliaria.

En contra de esa resolución, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad cuya copia rola a fojas 6, el que fue admitido a tramitación a fojas 37, fijándose a fojas 42 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fojas 46 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

#### Considerando:

**Primero:** Que el recurso tiene como única causal la contemplada en el artículo 373 letra a), esto es, “cuando, en cualquier etapa del procedimiento se hubieren infringido sustancialmente derechos y garantías asegurados por la Constitución o los Tratados Internacionales”, causal que se hace consistir en haberse desarrollado el juicio oral simplificado en ausencia del imputado.

Refiere el recurrente que previo al inicio de la audiencia del juicio oral simplificado, fijada para el 23 de septiembre de 2015, su parte hizo ver al tribunal la no concurrencia a la instancia del imputado, justificando la misma por medio de una licencia médica.

Agrega que frente a esta situación el Ministerio Público solicitó se despachara orden de detención en contra del imputado; el Tribunal no accedió a ello y declaró insuficiente la licencia médica y en consecuencia injustificada la inasistencia, disponiendo la realización del juicio oral simplificado, decisión que motivó la interposición de un incidente de nulidad –conforme lo establecen los artículos 159 y 160 del Código Procesal Penal- invocándose como fundamento del mismo la vulneración al justo y racional proceso, citándose a los efectos los artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y 14 letra d) del numeral 3° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a lo que se sumó un recurso de reposición para el evento en que se rechazare el de nulidad, como finalmente ocurrió.

Manifiesta el recurrente que rechazadas que fueron las impugnaciones se procedió a dar inicio a la audiencia de juicio, finalizando la misma con la dictación de una sentencia condenatoria.

Precisa el arbitrio que su parte no convalidó ninguna de las actuaciones limitando sus alegaciones a denunciar el vicio en que se había incurrido al inicio del juicio oral.

Afirma el libelo que lo obrado por el tribunal de la instancia importa una infracción a la garantía del debido proceso, contemplada en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y que reconoce al imputado como sujeto de derecho, y en tanto tal, se encuentra facultado, hasta el término del proceso, para ejercer su derecho a defensa, la que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal a fin de ser oído y a que no se desarrolle en su ausencia.

En lo referido al derecho a ser oído, se afirma que él comprende no sólo la posibilidad que tiene el imputado de prestar declaración durante el desarrollo del juicio, sino que se extiende al ejercicio efectivo de las garantías y derechos que se reconocen al encausado, pudiendo en consecuencia él mismo intervenir en cualquier etapa del juicio.

Respecto de la inadmisibilidad del juzgamiento en ausencia se señala que ello obedece a lo que la doctrina ha denominado derecho de audiencia y defensa efectiva del imputado, conceptos que buscan es garantizar al imputado la posibilidad de ejercer, de modo personal, su defensa, ejercicio que no se ve inhibido por la existencia de una asistencia técnica.

Afirma que los derechos que han sido conculcados con el obrar del tribunal de la instancia se encuentran recogidos en los artículos 93 letra i) del Código Procesal Penal y artículo 14 N° 3 letra d) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Plantea que las únicas excepciones, la situación del rebelde, son las contempladas en los artículos 283 y 285 y 463 b) del Código Procesal Penal, referidas la situación del imputado que es obligado a salir de la sala de audiencias debido a que su comportamiento perturba el orden de ésta.

El no reconocimiento por parte del Tribunal del derecho del imputado a estar presente en la audiencia de juicio constituye una transgresión a las bases del sistema procesal penal, cuestión que acaeció desde que no se le permitió, sin motivo justificado, estar presente en el desarrollo de la misma.

En razón lo expuesto es que solicita declarar la nulidad de la sentencia y del juicio oral, por haber incurrido el tribunal a quo en infracción sustancial de derechos y garantías asegurados por la Constitución y Tratados Internacionales ratificados por Chile, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento, y ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, a fin de que disponga la realización de un nuevo juicio oral en que no se incurra en los vicios o defectos referidos

**Segundo:** Que el motivo único de invalidación alegado por la defensa, de conformidad al artículo 376 inciso segundo del Código Procesal Penal ha sido confiado al conocimiento de esta Corte Suprema.

**Tercero:** Que en el libelo de nulidad se señala, como fundamento fáctico de la causal invocada y de los preceptos constitucionales que se denuncian como quebrantados, que en el caso en estudio, al momento de realizarse la audiencia en procedimiento simplificado, el tribunal, frente a la inasistencia del imputado y la licencia médica acompañada, resolvió estimar esta última como insuficiente y en razón de ellos declarar infundada la ausencia del mismo, dando inicio al juicio.

**Cuarto:** Que entre las garantías constitucionales, vinculadas al ámbito del ejercicio de la judicatura, en tanto medios o instrumentos que la Constitución Política de la República pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales, se encuentra –en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental- aquella que ha sido conceptualizada como debido proceso y que tiene por objeto asegurar a todo justiciado que la sentencia que emane del órgano jurisdiccional sea producto de un proceso legalmente tramitado, proceso en donde sea posible que los intervinientes puedan concurrir a ejercer las defensas de sus derecho u obligaciones.

A consecuencia de lo anterior es que se eleva a dicha naturaleza el derecho a defensa, conceptualizado como el derecho que tiene toda persona a defenderse de una acusación que se formule en su contra en el proceso penal o de una controversia sustanciada en sede administrativa o judicial y, más específicamente, como el derecho que tiene toda persona a no ser privada de su libertad o propiedad sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos.

El derecho a defensa, además de ser un derecho en sí mismo, es un derecho operativo en cuanto hace posible las demás garantías del debido proceso (Meins Olivares, Eduardo, “El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código Procedimiento Penal”. Ius et Praxis, Año 5 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1999, pág. 455) y en razón de ello es que el derecho internacional de los derechos humanos ha ampliado y extendido el mismo hacia otras esferas de protección (artículo 10 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 8, Ap. 1 de la Convención Americana, entre otros).

Integra el derecho a la defensa, la posibilidad que tiene el imputado, entre otras, de preparar adecuadamente su defensa, el conocimiento efectivo de la acusación, elegir abogado defensor, controlar la prueba producida por el ente acusador, participar directamente en la producción de la misma, tanto en la etapa previa como en el juicio propiamente tal. Ahora, si bien es cierto que dichas actividades son, habitualmente, realizadas por el defensor técnico, no significa que el imputado quede excluido de realizarlo por sí mismo.

A consecuencia de lo anterior es que resulta obligatoria la presencia del imputado durante el juicio, presencia que importa, en esta perspectiva, la posibilidad concreta y real de participar en el desarrollo del juicio y los debates suscitados en él.

**Quinto:** Que la garantía a la que se ha venido haciendo referencia encuentra su reconocimiento legal en la letra i) del artículo 93 del Código Procesal Penal, disposición que señala, bajo el título “Derechos y garantías del imputado” que “Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía”.

De lo anterior se desprende que la opción de nuestro legislador procesal penal fue la de prohibir, en términos generales, la posibilidad de desarrollar el juicio en rebeldía del imputado, constituyendo una excepción a dicha regla la contenida en el inciso segundo del artículo 283 del Código Procesal Penal, que autoriza la realización del mismo en rebeldía del imputado siempre que se le hubiere otorgado la posibilidad de prestar declaración en el juicio oral, circunstancia debidamente calificada por el tribunal, o faltare sólo la dictación de la sentencia.

Cuestión distinta y no vinculada a la situación de rebeldía –en cuanto ésta importa un estado jurídico generado a consecuencia de la incomparecencia voluntaria al proceso y sin que exista algún impedimento grave, legítimo y actual que la justifique– es aquella en que la inasistencia se genera, ya iniciado el juicio oral, a instancia de una petición del imputado o como una medida de asegurar el correcto desarrollo de la audiencia, situaciones que imponen la carga, al Presidente de la Sala, de informar al acusado de lo ocurrido en su ausencia, situación reglada en el artículo 285 del Código Procesal Penal.

**Sexto:** Que en este contexto cabe recordar que la inasistencia del acusado Gallardo Sarmiento fue justificada, previo al inicio de la audiencia de juicio, por medio de una licencia médica, hecho que motivó la petición por parte del Ministerio Público que se despachara una orden de detención, la que fue desestimada por la Juez de Garantía, limitándose ésta a negar lugar a la alegación de la defensa en base a sostener que se estaba ante una injustificada “incomparecencia del acusado (...) que reiteradamente ha buscado diversos subterfugios, para faltar a la audiencia de juicio, de hecho a la audiencia de preparación de juicio oral fue necesario traerlo de manera compulsiva”.

Conforme lo sostenido en los motivos cuarto y quinto, y no concurriendo las hipótesis de los artículos 283 y 285 del Código Procesal Penal, el Tribunal de Garantía no se encontraba habilitado para obrar como lo hizo, sin incurrir en la causal de nulidad contemplada en la letra a) del artículo 373 del mismo cuerpo legal, pues al llevar a cabo el juicio oral simplificado en ausencia del imputado le conculcó su derecho a defensa y en especial a ser oído, garantías contempladas en el inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Por todo lo expuesto, el recurso de nulidad será acogido íntegramente.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de Ariel Branco Gallardo Sarmiento y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veintitrés de septiembre de dos mil quince cuya copia corre agregada a fs. 2 y siguientes de este legajo y el juicio oral simplificado

que le antecedió en el proceso RIT 4255-2015 y RUC 1500371627-6, del Juzgado de Garantía de Viña del Mar, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N° 18.140-15

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Carlos Pizarro W. No firma el abogado integrante Sr. Pizarro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiséis de noviembre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Amparo constitucional contra sentencia de segunda instancia, por violación de los derechos a la defensa, debido proceso y propiedad previstos en los artículos 49 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (SALA CONSTITUCIONAL. Exp. 08-1124. 31/07/2009)..**

**Síntesis Legal**

Demanda contencioso-administrativa de nulidad contra el acto administrativo mediante el cual la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda ordenó la demolición de una construcción ilegal que se hizo en un inmueble e impuso multa, dicho procedimiento sancionatorio realizó sin la debida notificación, sin oportunidad de ser oído y sin poder disponer de los medios adecuados para ejercer su defensa.

**Resumen de Datos**

La Sala reitera que la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede imponer ninguna sanción a particular alguno, si antes no sustancia un procedimiento trámite que garantice el pleno ejercicio, por parte del destinatario del procedimiento, de sus derechos a la defensa, debido proceso y presunción de inocencia. La principal garantía de estos derechos lo constituye la puesta en conocimiento del inicio del procedimiento administrativo, lo cual se hace a través de la notificación del acto que ordena el comienzo de la averiguación. Este acto de inicio debe contener, de manera clara y sin ambigüedades, los hechos que dan lugar al procedimiento, así como la indicación precisa de las normas que supuestamente han sido infringidas y, por último, la consecuencia jurídica de encontrarse que la persona que se somete a la investigación resulta el autor del hecho que se averigua y la oportunidad para la presentación de pruebas y alegatos. Todas estas menciones deben plasmarse en el acto que se notifica, pues es lo que permite, y garantiza a la vez, una correcta defensa. Con lugar la demanda de amparo constitucional. Se anula la sentencia dicta por la segunda instancia corte segunda de lo contencioso administrativo. Se repone el proceso contencioso administrativo en el que se pretendió la nulidad, al estado que la corte primera de lo contencioso administrativo emita nuevo juzgamiento, en total conformidad con la doctrina que se dispuso en este acto jurisdiccional.

## Justificación

Los derechos humanos protegidos por esta sentencia son: Debido proceso, derecho a la propiedad, derecho a la defensa. **Debido proceso:** El debido proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio de protección de valores o propiamente dicho derechos humanos, el valor justicia no sería posible o realizable sino se establece un canon de cómo llegar a ella, ese protocolo es el debido proceso legalmente establecido, sin su presencia no se pueden afectar derechos humanos, ni administrar o ponderar su coexistencia. En este caso se pretendió la afectación de la propiedad inmobiliaria para armonizarla con el interés público urbano, en razón que la construcción no había cumplido con las exigencias legales de la municipalidad. Con esta decisión se pone de manifiesto que la restitución de un interés público urbano no puede hacerse en desprecio del debido proceso, además obliga al Estado a someterse a ese protocolo en el cumplimiento de sus fines, cuando haya la afectación de la propiedad. **Derecho a la propiedad:** No se puede afectar la propiedad sin debido proceso, ya que esta representa un valor existencial y un derecho humano que le sirve de realización al ser humano, sin que valga de excusas interés público. Se consagra la protección de parte de la jurisdicción como regla general y que su afectación solo es posible excepcionalmente y en determinadas condiciones preestablecidas. **Derecho a la defensa:** El derecho a la defensa que tiene su arraigo en la concepción *ius naturalista*, y hoy no hay duda de su naturaleza como derecho humano, en este caso la afectación del derecho a la propiedad se hizo sin el debido proceso que permitiera al administrado defender su propiedad ante la voluntad de demolición por parte de la administración municipal. Toda la actividad de la administración pública que incida en la esfera subjetiva de los ciudadanos debe conceder a este, espacios y oportunidad de alegar, probar y contradecir la actividad estatal, sin ese proceso dialógico toda afectación subjetiva patrimonial significa una afectación de derecho humano, pues con esta sentencia se pone de relieve la imposibilidad de la administración para incidir en la esfera patrimonial de los particulares si no ha garantizado razonable oportunidad para defenderse.

**SALA CONSTITUCIONAL**

Magistrado Ponente: **PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ**

Consta en autos que, el 13 de agosto de 2008, los ciudadanos **JOSÉ MANUEL ARGIZ RIOCABO** y **HJALMAR JESÚS GIBELLI GÓMEZ**, titulares de las cédulas de identidad n.os 3.139.083 y 6.228.060, respectivamente, mediante la representación de los abogados Daniel Rosales Cohen y Ramón José Rojas Carrasquel, con inscripciones en el I.P.S.A. bajo los n.os 71.174 y 68.679, respectivamente, intentaron, ante esta Sala, amparo constitucional contra la sentencia que dictó, el 18 de junio de 2008, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, para cuya fundamentación denunciaron la violación a sus derechos a la defensa, debido proceso y propiedad que acogieron los artículos 49 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Después de la recepción del expediente de la causa, se dio cuenta en Sala por auto del 14 de agosto de 2008 y se designó ponente al Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

El 31 de octubre de 2008, se admitió la demanda, se acordó la medida cautelar que se solicitó, por lo que se suspendieron los efectos del fallo objeto de amparo y se ordenó la práctica de las notificaciones al Presidente de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Ministerio Público y que la citada Corte notificara al Municipio Chacao del Estado Miranda.

El 3 de noviembre de 2008, la parte actora pidió copia certificada del veredicto de admisión de la demanda.

El 6 de noviembre de 2008, el Municipio Chacao del Estado Miranda presentó escrito de oposición a la medida cautelar y, el 18 del mismo mes y año, los demandantes requirieron se declarara sin lugar la oposición.

El 22 de abril de 2009, la actora petitionó que se fijara la oportunidad para la celebración de la audiencia pública correspondiente.

El 17 de junio de 2009, se fijó la audiencia respectiva para el 30 de junio del mismo año, a las 11:30 a.m., la que tuvo lugar en dicha oportunidad con la participación de la parte actora, el Municipio Chacao del Estado Miranda, como tercero interesado, el cual consignó escrito, y la representación del Ministerio Público, quien también presentó escrito. Luego de la exposición oral de los presentes, la Sala se retiró a la deliberación y, una vez que concluyó, declaró con lugar la demanda.

## I

## DE LA PRETENSIÓN DE LA PARTE ACTORA

## 1. Alegó:

1.1 Que el ciudadano Hjalmar Jesús Gibelli intentó, ante el Juzgado Superior Primero Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, demanda contencioso-administrativa de nulidad contra el acto administrativo mediante el cual la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda ordenó la demolición de una construcción ilegal que se hizo en un inmueble del cual es propietario en un veinticinco por ciento (25%) e impuso multa por dieciocho millones noventa y seis mil bolívares (Bs 18.096.000,00), juicio en el que intervino como tercero el otro propietario del inmueble, hoy parte actora, José Manuel Argiz.

1.2 Que el tribunal de la causa declaró con lugar la demanda, por lo que el Municipio ejerció el recurso de apelación. La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declaró con lugar la apelación, revocó el fallo contra el que se recurrió y declaró parcialmente con lugar la demanda.

1.3 Que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo decidió de manera arbitraria y sin fundamento jurídico, pues no tomó en cuenta que el procedimiento administrativo se dirigió a una persona que sólo era el propietaria del veinticinco por ciento (25%) del inmueble donde se hallaron las construcciones ilegales cuya demolición ordenó. Que, según el veredicto objeto de amparo, el hecho de que el Municipio no haya notificado al propietario mayoritario no resultaba “(...) determinante en la motivación de fondo para la adopción de la decisión, pues a su criterio basta la convicción sobre la ilegalidad de tales construcciones independiente al hecho de que el aludido bien pertenezca a una o varias personas, que no todos hayan tenido participación en el procedimiento administrativo sancionatorio” (sic).

1.4 Que “(...) la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo fundamentándose en doctrina de derecho civil, relativa a la ‘Responsabilidad Solidaria’ y aplicando erróneamente disposiciones previstas en el Código Civil Venezolano, pretende dejar por sentada la intranscendencia jurídica de haber llevado a cabo un procedimiento administrativo de índole sancionatorio con la única participación del propietario minoritario del bien sobre el cual recaen las consecuencias jurídicas del mismo, a saber la demolición de la planta alta del Centro Comercial Blandín, sobre el cual detenta propiedad en un 75%, a sabiendas que dicho actuar se encuentra al margen de la ley y sobre todo en contravención directa del Derecho Constitucional a la Defensa y al Debido proceso previsto en el artículo 49 del texto constitucional, obviando las normas y disposiciones legales que rigen la actividad sancionatoria de la Administración”.

1.5 Que el dispositivo de la decisión objeto de amparo es contradictorio, “(...) por una parte se señaló que se declara con lugar la apelación ejercida por la representación de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, y por la otra que se declara parcialmente con lugar el Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad incoado por la representación judicial de Hjalmar Gibelli Gómez, lo que resulta evi-

dentamente contradictorio, pues no puede coexistir una declaratoria absolutamente a favor de la alcaldía del Chacao como parte apelante, y a su vez presentarse una declaratoria parcialmente con lugar del recurso de nulidad incoado por la representación de Hjalmar Jesus Gibelli Gómez ...” (sic).

## 2. Denunció:

2.1 La violación al derecho a la defensa y al debido proceso que recoge el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto “(...) el ciudadano José Manuel Argiz Riocabo, quien detenta derecho de propiedad sobre el precitado inmueble en un 75% no fue notificado del procedimiento instaurado en ocasión a presuntas construcciones ilegales desarrolladas en bien de su propiedad, y por tanto no tuvo ni siquiera oportunidad de ser oído y disponer de los medios adecuados para ejercer su defensa, con la sola excusa de que era indiferente instaurar un procedimiento en su contra o en cabeza del ciudadano Hjalmar Jesús Gibelli Gómez, quien detenta titularidad sobre el mismo bien en un 25%, invocándose teorías propias de derecho civil de la responsabilidad solidaria...”:

Que “(...) a pesar de no haber sido el ciudadano Argiz Riocabo parte en el procedimiento administrativo sancionatorio llevado a cabo, los efectos y consecuencias jurídicas del acto administrativo con el cual culminó el mismo, el cual quedó firme en los términos expuestos por el Tribunal del alzada, afectan de manera directa la esfera jurídico patrimonial de éste, pues por una parte se pretende demoler obra de la planta superior del inmueble que le pertenece en un 75% y por la otra se le impone cuota parte de sanción pecuniaria”.

2.2 La violación al derecho a la propiedad que reconoce el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto “(...) el ciudadano José Manuel Argiz Riocabo, quien es propietario en un 75% del inmueble constituido por el Centro Comercial Blandin, objeto de la medida de demolición ordenada, encuentra cercenado la esencia del derecho constitucional a la propiedad que detenta sobre el mismo, pues aun y cuando en(tiene) que este derecho no ostenta carácter absoluto, al encontrarse sometido a las limitaciones establecidas en la ley, en el caso que (los) ocupa las restricciones a las que podía someterse el Centro Comercial Blandin, ante construcciones presuntamente ilegales no se ejecutaron bajo los parámetros establecidos en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y en las Ordenanzas Municipales sobre la materia, en los que se requiere la notificación de los interesados y el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio”.

## 3 Pidió:

*(...) que: (I) ADMITA la Acción de Amparo Constitucional incoada (...) contra la sen-*

*tencia identificada con el número 2008-01104, de fecha dieciocho (18) de junio de 2008, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en el expediente signado con el número AP42-R-2005-1892, la cual entre otros aspectos declaró con lugar el Recurso de Apelación ejercido por la sentencia de fecha veintiuno (21) de julio de 2005, proferida por el Juzgado Superior Primero Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, la cual resulta violatoria de los derechos constitucionales de (sus) representantes a la defensa, al debido proceso y a la propiedad, consagrados en los artículos 49 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (ii) Declare procedente la medida cautelar provisionalísima que se traduce en la suspensión de los efectos de la sentencia accionada en amparo, y, (iii) Declare con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta, y en consecuencia restituya la situación jurídica infringida.*

## II

### DE LA SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El tribunal del acto jurisdiccional que se impugnó falló en los términos siguientes:

Por las razones precedentes, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

1.- SU COMPETENCIA para conocer de la apelación ejercida por los abogados José Antonio Maes Ponte, José Luis Durán y Rafael Antonio De León, actuando con el carácter de apoderados judiciales de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 21 de julio de 2005, que declaró con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad, incoado por los abogados Daniel Rosales Cohen y Ramón Rojas Carrasquel, actuando con el carácter de apoderados judiciales del ciudadano Hjalmar Jesús Gibelli Gómez, contra el acto administrativo contenido en la Resolu-

ción Administrativa Número 000039, de fecha 2 de abril de 2001, emanada de la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda.

2.- CON LUGAR el recurso de apelación ejercido;

3.- REVOCA la decisión dictada en fecha 21 de julio de 2005, dictada por Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital;

4.-PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado por los abogados Daniel Rosales Cohen y Ramón Rojas Carrasquel, actuando con el carácter de apoderados judiciales del ciudadano Hjalmar Jesús Gibelli Gómez, contra el acto administrativo contenido en la Resolución Administrativa Número 000039, de fecha 2 de abril de 2001, emanada de la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, mediante el cual se sancionó al referido ciudadano al pago de una multa por la cantidad de dieciocho millones noventa y seis mil bolívares (Bs. 18.096.000,00) y se ordena la demolición de las construcciones efectuadas en el Edificio Centro Comercial Blandín y, en consecuencia;

4.1.- Se declara NULO PARCIALMENTE el acto administrativo impugnado en lo que respecta al pago de la multa.

4.2.- CONFIRMA PARCIALMENTE el acto administrativo impugnado, bajo las previsiones y lineamientos expuestos en la motiva del presente fallo, en aquello no anulado. Así se decide.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo revocó la sentencia que conoció como alzada, por cuanto consideró que la misma estaba viciada de incongruencia negativa.

En cuanto al fondo de la demanda, en concreto sobre la denuncia de violación a los derechos a la defensa y debido proceso, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo señaló:

SEXTO: Ahora bien, con respecto al argumento esbozado por los apoderados judiciales del ciudadano Juan Manuel Argiz Riocabo, relativo a la violación del derecho a la defensa y al debido proceso, derivado de la prescindencia por parte de la Administración Municipal del procedimiento correspondiente al ciudadano antes identificado, provocando por tanto, la nulidad absoluta del acto impugnado, este Tribunal considera oportuno realizar ciertas disquisiciones al respecto, pues, como premisa fundamental y general toda actuación administrativa debe estar presidida por un procedimiento administrativo debidamente sustanciado, que garantice a las partes las oportunidades establecidas por Ley para el ejercicio de sus derechos; no obstante, constata esta Corte que la Alcaldía del Municipio Chacao no llevó a cabo tales actuaciones

con respecto al ciudadano Juan Manuel Argiz Riocabo, pues en ningún momento se le notificó del inicio del procedimiento con respecto al bien inmueble perteneciente también a su propiedad. Ahora bien, sobre el aspecto planteado en el párrafo inmediato superior debe precisarse que esta Instancia Jurisdiccional, debe atender en sus pronunciamientos a un orden jerárquico en cuanto a las motivaciones que sirvan de fundamentos para la realización de tales declaraciones, pues, a la luz de los principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez debe procurar que sus dichos vayan dirigidos al fondo de la controversia planteada más allá de los simples razonamientos procesales que, en ningún momento atenderían al derecho sustantivo en la presente causa.

Sobre lo anterior, ha planteado la doctrina (Vid. CIERCO SEIRA, César, “La Participación de los Interesados en el Procedimientos Administrativo”, *Studia Albornotiana*, dirigidos por Evelio Verdura y Tulles, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 409) que la anulación de un acto por razón de indefensión -al igual que cualquier suerte de anulación por motivos formales- posee una importante particularidad en lo que hace a la eventual adopción de una nueva resolución en sustitución de la originalmente anulada. Porque si bien es cierto que como regla general la anulación judicial del acto impugnado impide a la Administración, en línea de principio, rehacer nuevamente dicho acto -lo que trae causa, como se sabe, de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia-, dicha regla sufre una notable excepción cuando se trata de una invalidez de origen formal. En tal caso, y es éste un postulado generalmente admitido, la Administración podrá adoptar una nueva resolución, una vez subsanados, naturalmente, los defectos formales sancionados en nuestro caso por los vicios participativos.

La situación de indefensión alegada por el aludido ciudadano va dirigida a cuestionar el acto administrativo recurrido, en virtud de que la Administración Municipal no desarrolló un procedimiento con respecto al otro propietario del bien inmueble anteriormente identificado, sin embargo, resulta necesario destacar que la infracción de una formalidad procesal establecida en el interés de una de las partes sólo puede ser alegada por dicha parte, pues, no puede el recurrente pretender cuestionar la legalidad o correspondencia del acto administrativo objeto de revisión, sobre la base de la vulneración del derecho a la Defensa y al Debido Proceso de otra persona (al respecto, Vid. CIERCO SEIRA, César, “La Participación de los Interesados en el Procedimientos Administrativo”, *Studia*

Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdera y Tulles, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 393); aunado a que debe resaltarse con especial interés en el caso de marras, que el aludido ciudadano subsanó la situación de indefensión configurada en sede administrativa, en virtud de su participación en sede contenciosa, contando con las oportunidades de defensa de que ha dispuesto el ciudadano en el recurso administrativo tramitado y sustanciado ante esta Instancia Jurisdiccional.

En ese orden de ideas, esta Corte aprecia con relación al argumento esgrimido por el recurrente y por la representación judicial del ciudadano Manuel Argiz Riocabo, relativo a la violación del derecho a la defensa de éste último, en su carácter de co-propietario del referido bien inmueble que el aludido vicio debe entenderse como plenamente subsanado, pues, tal como se evidencia del folio cincuenta y cuatro (54) al cincuenta y seis (56) del expediente, el ciudadano antes identificado, si bien no fue objeto de un procedimiento en sede administrativa, compareció en sede contenciosa, en cualidad de verdadera parte, tal y como fue señalado por el iudex a quo, en la sentencia impugnada, reconociéndosele “el mismo carácter y la misma condición de parte procesal que el ciudadano Hjalmar Jesús Gibelli Gómez”, por tanto, contó con las oportunidades legales correspondientes para exponer sus respectivos alegatos y, las oportunidades para presentar todo el acervo probatorio para demostrar sus dichos, con un evidente respeto a las garantías procesales consagradas en el ordenamiento jurídico. Así se decide.

De lo anterior se desprende que, de conformidad con las precisiones realizadas por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, considera que en el presente caso se configuró una subsanación del error en que incurrió la Administración Municipal al no convocar al procedimiento en sede administrativa al ciudadano Juan Manuel Argiz Riocabo, pues, al respecto observa este Juzgador que contó de forma efectiva y real con las oportunidades correspondientes para ejercer en sede contenciosa el derecho a la defensa, con absoluto respeto a la garantía del debido proceso. Así se declara.

En relación con la denuncia de violación del derecho a la propiedad, el veredicto que se impugnó consideró:

SÉPTIMO: Sobre la denuncia relativa a la violación del Derecho de Propiedad y a la Libertad Económica del recurrente, argumentada sobre la base de que “(...) la administración municipal al dictar el acto impugnado, erróneamente considera como único propietario

del centro Comercial Blandín a [su] representado, y por tanto único responsable de las obras que a juicio de esa autoridad deben demolerse (...); debe precisar esta Corte que si bien resulta cierto que el derecho de propiedad se encuentra garantizado constitucionalmente, no es menos que la misma Carta Fundamental somete su ejercicio a una serie de contribuciones, restricciones y obligaciones de carácter legal (artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) las cuales, a no dudarlo, tienen como fin la preservación del bien colectivo por sobre la satisfacción de cualquier interés individual o individualizado.

Ahora bien, en esta perspectiva es donde precisamente se inscribe, de forma general, la normativa que contiene la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística publicada en la Gaceta Oficial N° 33.868, en fecha 16 de diciembre de 1987, de aplicación temporal al caso sub judice, y de forma particular, las variables urbanas fundamentales contempladas en su artículo 109. Así las cosas, las variables urbanas fundamentales, que constituyen parte esencial de los atributos del *ius aedificandi*, no representan otra cosa distinta a la materialización, última e inmediata, de una de las restricciones constitucionales al derecho de propiedad, de allí que ante su fuerza obligatoria sea al menos irrelevante, *ab initio*, la oposición de cualquier alegato que represente, como en el caso sub examine, un asunto de distribución de cuotas porcentuales.

Lo anterior, aplicado a la situación jurídica planteada, significa que este Órgano Jurisdiccional comprende que ante la posibilidad de violación de alguna variable urbana fundamental por parte de los desarrolladores del inmueble denominado Centro Comercial Blandín, no puede alegarse como argumento defensivo único, la supuesta violación del Derecho de Propiedad o de la Libertad Económica, que a juicio de este Órgano Jurisdiccional no se consideran como infringidos, de conformidad con el análisis desplegado en la motiva del presente fallo.

### III

#### DEL ESCRITO DEL MUNICIPIO CHACAO DEL ESTADO MIRANDA

‘El Municipio Chacao del Estado Miranda alegó que el amparo de autos debe declararse sin lugar, por las siguientes razones:

Que no existe ninguna violación a los derechos a la defensa y debido proceso de los demandantes, pues el proceso judicial se cumplió en todas sus fases y los quejosos participaron en la litis y ejercieron su derecho a la defensa, en primera y segunda instancia.

Que “En el presente caso, la publicación del cartel de emplazamiento cumplió

su finalidad, como fue la de informar a través de un medio de prensa al ciudadano JOSE MANUEL ARGIZ RIOCABO la existencia del recurso de nulidad en la jurisdicción contencioso administrativa, representado por un acto administrativo que dictó la Dirección de Ingeniería Municipal que según su decir, afectó su derecho subjetivo. Así las cosas, con la consignación del cartel de emplazamiento el prenombrado ciudadano tuvo conocimiento de la existencia del recurso contencioso administrativo de nulidad y en consecuencia se entendió por notificado el ciudadano JOSÉ MANUEL ARGIZ RIOCABO en sede judicial”. (Negritas del escrito).

Que “el tribunal de primera instancia reconoció la legitimidad dentro del proceso judicial al ciudadano JOSÉ MANUEL ARGIZ RIOCABO, quien subsanó cualquier vicio en la notificación del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por la Dirección de Ingeniería Municipal, y además subsanó la consignación tardía del Cartel de Emplazamiento por parte del recurrente, por lo que, quien hoy acciona en amparo alegando que se le violentó supuestamente su derecho a la defensa y al debido proceso no tiene asidero jurídico”.

Que “la parte accionante insistió en querer ejercer una defensa contra los hechos que la Administración Municipal llevó a cabo en un procedimiento administrativo sancionatorio, que según lesionaba sus derechos de manera personal y directo, pero como se observa del escrito de promoción de pruebas, no aportó elementos de defensas para desvirtuar esos hechos, es decir, tuvo la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y no lo hizo, prueba de ello son las actuaciones realizadas en el expediente judicial, las cuales consign(an) en este acto”.

Que tampoco hubo la violación al derecho de propiedad que fue delatada, por cuanto “tanto el ciudadano HJALMAR JESÚS GIBELLI GÓMEZ como el ciudadano JUAN MANUEL ARGIZ RIOCABO son responsables solidariamente de la ejecución de construcciones ilegales en el inmueble que es propiedad de ambos. Por lo tanto, la Administración Municipal es libre de reclamar a cualquiera de los dos, la totalidad de la responsabilidad generada por la construcción de tales obras, siendo igualmente cierto que el primero de los nombrados tiene la acción de repetición contra el segundo de los nombrados una vez pagada la totalidad de la multa y demolida la obra”.

Que “...el Centro Comercial Blandín, constituye un bien inmueble pro indiviso, el cual, por razones urbanísticas básicas no se encuentra dividido según los porcentajes de propiedad de cada uno de los co-propietarios, motivo por el cual mal puede el órgano de control urbanístico local establecer a quién le corresponde la multa y orden de demolición de la construcción ilegal, constituyendo esto una materia que escapa del ámbito del derecho público”. (Subrayado del escrito).

#### IV DE LA OPINIÓN FISCAL

La abogada Miriam Omaira Pineda de Fariñas, con inscripción en el I.P.S.A. bajo el n.º 13.962, Fiscal Tercero del Ministerio Público ante este Tribunal Supremo de

Justicia, mediante escrito, opinó que la presente demanda de amparo debe declararse con lugar, por las siguientes razones:

Que, si bien la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo reconoció que el ciudadano José Manuel Argiz Riocabo no fue notificado del procedimiento administrativo, pese a que conocía, por documento público, que el inmueble objeto del procedimiento tenía dos propietarios, declaró con lugar la apelación, en lugar de que pronunciara la violación de los derechos a la defensa y debido procedimiento.

*Que “la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al emitir la decisión judicial impugnada, la fundamenta en razones que infringen los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, consagrados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como, en contravención del principio de seguridad jurídica, dado que la garantía a la defensa ha de estar presente en cualquier proceso, pero no sólo como pudiera pensarse al inicio del mismo, sino que debe respetarse a lo largo de todo su desarrollo y hasta su conclusión, todo lo cual configura un error de juzgamiento...”.*

## V

### MOTIVACIÓN PARA LA DECISIÓN

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el extenso de la decisión del amparo constitucional, que los ciudadanos José Manuel Argiz Riocabo y Hjalmar Jesús Gibelli Gómez incoaron contra el acto jurisdiccional que emitió, el 18 de junio de 2008, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, para cuyo afincamiento denunciaron la violación a sus derechos a la defensa, debido procedimiento y propiedad que acogieron los artículos 49 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La denuncia central en la demanda de autos es la relativa a la violación al derecho a la defensa y al debido procedimiento que recoge el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto “(...) el ciudadano José Manuel Argiz Riocabo, quien detenta derecho de propiedad sobre el precitado inmueble en un 75% no fue notificado del procedimiento instaurado en ocasión a presuntas construcciones ilegales desarrolladas en bien de su propiedad, y por tanto no tuvo ni siquiera oportunidad de ser oído y disponer de los medios adecuados para ejercer su defensa, con la sola excusa de que era indiferente instaurar un procedimiento en su contra o en cabeza del ciudadano Hjalmar Jesús Gibelli Gómez, quien detenta titularidad sobre el mismo bien en un 25%, invocándose teorías propias de derecho civil de la responsabilidad solidaria...”:

La falta de notificación del ciudadano José Manuel Argiz Riocabo, durante el procedimiento administrativo que siguió la Dirección de Ingeniería Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda, no es un hecho controvertido. La Alcaldía del Municipio Chacao alegó que no existía la violación a los derechos a la defensa y debido proceso, pero porque el copropietario que se mencionó participó, activamente, en la primera y segunda instancia del juicio de nulidad. Ahora bien, nada señaló respecto de

la ausencia absoluta de notificación del procedimiento sancionatorio en sede administrativa.

Por su parte, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, aunque no valoró, correctamente, los efectos jurídicos de la falta de notificación, sí observó que la misma no se produjo al iniciarse el trámite administrativo. Al respecto, señaló:

... esta Corte aprecia con relación al argumento esgrimido por el recurrente y por la representación judicial del ciudadano Manuel Argiz Riocabo, relativo a la violación del derecho a la defensa de éste último, en su carácter de co-propietario del referido bien inmueble que el aludido vicio debe entenderse como plenamente subsanado, pues, tal como se evidencia del folio cincuenta y cuatro (54) al cincuenta y seis (56) del expediente, el ciudadano antes identificado, si bien no fue objeto de un procedimiento en sede administrativa, compareció en sede contenciosa, en cualidad de verdadera parte, tal y como fue señalado por el iudex a quo, en la sentencia impugnada, reconociéndosele “el mismo carácter y la misma condición de parte procesal que el ciudadano Hjalmar Jesús Gibelli Gómez”, por tanto, contó con las oportunidades legales correspondientes para exponer sus respectivos alegatos y, las oportunidades para presentar todo el acervo probatorio para demostrar sus dichos, con un evidente respeto a las garantías procesales consagradas en el ordenamiento jurídico. Así se decide.

Esta Sala Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el respeto que la Administración debe tener para con los derechos constitucionales de los administrados; respecto que se intensifica ante la sustanciación de procedimientos de naturaleza sancionatoria, como fue el caso de autos, que terminó con una orden de demolición y sanción de multa.

La Sala reitera que la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede imponer ninguna sanción a particular alguno, si antes no sustancia un procedimiento trámite que garantice el pleno ejercicio, por parte del destinatario del procedimiento, de sus derechos a la defensa, debido proceso y presunción de inocencia. La principal garantía de estos derechos lo constituye la puesta en conocimiento del inicio del procedimiento administrativo, lo cual se hace a través de la notificación del acto que ordena el comienzo de la averiguación. Este acto de inicio debe contener, de manera clara y sin ambigüedades, los hechos que dan lugar al procedimiento, así como la indicación precisa de las normas que supuestamente han sido infringidas y, por último, la consecuencia jurídica de encontrarse que la persona que se somete a la investigación resulta el autor del hecho que se averigua y la oportunidad para la presentación de pruebas y alegatos. Todas estas menciones deben plasmarse en el acto que se notifica, pues es lo que permite, y garantiza a la vez, una correcta defensa.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo juzgó que, si bien el par-

ricular que fue sancionado en sede administrativa no fue debidamente notificado, esa deficiencia la subsanó y convalidó el mismo perjudicado con su participación en sede judicial. Esta Sala Constitucional rechaza categóricamente semejante argumentación, toda vez que el derecho a la defensa y debido procedimiento son inviolables.

En efecto, mal puede un órgano jurisdiccional que controla la legalidad de la actividad administrativa decidir que la ausencia total de notificación de quien resulte sancionado en sede administrativa por un procedimiento en su contra, en el que no participó, no tenga consecuencias jurídicas y no declare la nulidad del procedimiento, por cuanto el particular afectado –que no fue convocado al trámite– impugnó el acto lesivo por ante el tribunal contencioso administrativo y con esa actuación se haya subsanado la omisión de notificación. Debe tenerse presente que los vicios que suponen la nulidad absoluta de los actos administrativos no puede ser objeto de convalidación.

En el caso de autos, el hecho de que el ciudadano Manuel Argiz Riocabo haya actuado durante las dos instancias del juicio de nulidad, no implica que el vicio de nulidad absoluta por la ausencia de notificación haya sido subsanado. Sobre la convalidación en sede judicial de los vicios acaecidos en sede administrativa la Sala, en veredicto n.º 431/04 que se reitera, se pronunció de la siguiente manera:

Luego del examen de los recaudos existentes en el expediente remitido a esta Sala, se observa que el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) en sus actuaciones no parece tener claro, que en un procedimiento administrativo que se inicie contra un particular, para que pueda tener plena validez las decisiones que allí se tomen, el mismo debe hacerse conforme a la ley.

En tal sentido, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 48, señala que el procedimiento se inicia a instancias de parte o de oficio. En caso de que se abra de oficio, la autoridad administrativa ordenará la apertura del expediente y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos, o intereses legítimos, personales y directos pudieran resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Es evidente que esta actividad, debe desarrollarse previamente a la decisión que se tome, para permitir al particular, indicar y probar a la administración sus razones y sus defensas, y una vez oído y revisado sus argumentos así como las pruebas por él aportadas, poder tomar una decisión conforme a derecho, otro proceder ocasiona la violación del derecho a la defensa, porque se le impide al presunto infractor demostrar sus razones y también se viola el debido proceso, porque se alteran las reglas procedimentales establecidas legalmente sin conocimiento del interesado.

El hecho de que, una vez sancionado el particular, sin ser oído,

y que, al ser notificado pueda recurrir ante las autoridades competentes, no subsanan ni convalidan las faltas cometidas que hagan nulos o anulables los actos dictados con prescindencia de procedimiento.

Este parece ser el caso en estudio, a PROCONCE DOS C.A, se le ha rescindido un convenio suscrito por ella con INPARQUES, sin que aparezca en autos, que para tomar tal decisión que además conlleva una sanción, se haya oído y notificado debidamente a la parte afectada.

El derecho establecido en el artículo 68 de la Constitución de 1961, hoy contenido en el artículo 49 de la Constitución de 1999, es garantía aplicable en cualquier procedimiento, para que las partes, puedan demostrar las razones que tengan, los hechos que deben desvirtuar y todos los elementos probatorios a que hubiere lugar, para permitir ejercer el derecho a la defensa consagrado en la Constitución como un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Al tomarse una decisión, sin que la otra parte del convenio tuviera conocimiento de que existía un procedimiento administrativo abierto en su contra, evidentemente que se le ha violentado su derecho a la defensa y al debido proceso, razón por la cual la Sala comparte totalmente el criterio de la Corte Primera de lo Contencioso- Administrativo, de considerar violado con la Resolución N° 002, con la cual se decidió la rescisión del convenio suscrito el 4 de octubre de 1996, el derecho a la defensa de la accionante y así lo decide.

De lo precedente, la Sala concluye que por cuanto quedó comprobado que el ciudadano Manuel Argiz Riocabo, propietario del 75% del inmueble sobre el cual recayó una orden de demolición y multa, no le fue notificado el procedimiento administrativo que terminó con la orden de demolición y sanción de multa, se configuró una violación a sus derechos a la defensa y debido procedimiento que no resulta convalidada con su actuación en sede judicial.

Por tanto, esta Sala Constitucional declara con lugar la demanda de amparo constitucional que fue incoada por los ciudadanos José Manuel Argiz Riocabo y Hjalmar Jesús Gibelli Gómez contra la sentencia que dictó, el 18 de junio de 2008, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, la cual se anula. Así se decide.

Igualmente, se repone el proceso contencioso administrativo en el que se pretendió la nulidad contra el acto administrativo que contiene la resolución número 000039 del 2 de abril de 2001, que dictó la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao, al estado de que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo expida nuevo juzgamiento, en total conformidad con la doctrina que

se preceptuó en este acto decisorio. Así se decide.

## VI DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara **CON LUGAR** la demanda de amparo que incoaron los ciudadanos **JOSÉ MANUEL ARGIZ RIOCABO** y **HJALMAR JESÚS GIBELLI GÓMEZ** contra la sentencia que dictó, el 18 de junio de 2008, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, la cual **SE ANULA**.

**SE REPONE** el proceso contencioso administrativo en el que se pretendió la nulidad contra el acto administrativo que contiene la resolución número 000039 del 2 de abril de 2001, que dictó la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao, al estado de que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo emita nuevo juzgamiento, en total conformidad con la doctrina que se dispuso en este acto jurisdiccional.

**SE DEJA SIN EFECTO** la medida cautelar que se acordó el 31 de octubre de 2008.

Publíquese, regístrese y archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 31 días del mes de julio de dos mil nueve. Años: 199º de la Independencia y 150º de la Federación.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO  
El Vicepresidente,

Francisco Antonio Carrasquero López

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ  
Ponente

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES  
El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

PRRH.sn.ar.  
Exp. 08-1124

## Desaplicación por control difuso de la constitucionalidad de los artículos 471-A y 472 del Código Penal Venezolano.

### Síntesis Legal

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones de competencia establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado, y competente para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria.

### Resumen de Datos

La Defensa Pública interpuso solicitud de avocamiento ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que resolviera la delimitación entre la jurisdicción agraria y la jurisdicción penal, en razón que los ciudadanos **MARTIN JAVIER JIMENEZ y RAFAEL CELESTINO BELISARIO**, fueron condenados por tribunal de la jurisdicción penal a cumplir pena privativa de libertad de diez (10) años y seis (6) meses, por la comisión de los delitos de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles e incendio.

Adujo la Defensa Pública; que la condena se produce por conflicto intersubjetivo de disputa de la posesión de la tierra con motivo de la actividad agraria. Que tal controversia debió ser judicializada por ante los tribunales de la jurisdicción agraria conforme al procedimiento ordinario agrario. No se puede considerar delito los conflictos originados por el deseo de realizar actividades de producción reconocidas en la Constitución como derecho humano, para lo cual no resultaba aplicable los tipos penales de invasión y de perturbación a la propiedad previstos en los artículos 471-A y 472 ambos del Código Penal. En efecto el Instituto Nacional de Tierra, quien es el órgano rector para la distribución, administración y regularización del uso y posesión de la tierra con vocación de uso agrícola había emitido acto administrativo de reconocimiento de posesión y de actividad agrícola a unas de las partes en conflicto.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional considero procedente la petición de la Defensa Pública, se avocó al conocimiento del proceso penal y desaplicó el artículo 471-a y el artículo 472, ambos del Código Penal, que contienen los tipos penales de invasión y de perturbación a la posesión pacífica, por considerar que no hacen distinción en cuanto a los casos en los cuales las acciones que se presuman delictivas, versen sobre la disputa de bienes destinados a la actividad agraria o que pudieran presumirse de vocación agrícola.

## Justificación

Esta sentencia reivindica y concretiza la protección de derechos humanos tales como: la libertad, la igualdad, la garantía del juez natural, la justicia, libre desenvolvimiento de la personalidad.

**La libertad personal:** Con la desaplicación de las normas que sirvieron de fundamento a la decisión de privación de la libertad, los ciudadanos fueron puesto inmediatamente en libertad y adicionalmente los demás ciudadanos tendrán la seguridad jurídica, confianza legítima y expectativa plausible que su dedicación a las actividades agroproductivas no constituyen amenaza de su libertad personal con motivo de los conflictos por la productividad agrícola.

**La igualdad:** Los agroproductores tendrán condiciones de igualdad con el resto de los sectores productivos del País, cuyos conflictos son resueltos por la jurisdicción civil, mercantil y no por la jurisdicción penal.

**Libre desenvolvimiento de la personalidad:** La dedicación a las actividades agrarias no derivan en limitaciones o riesgos por la voluntad de pertenencia agraria, se superó la amenaza de la libertad con motivo de la actividad agraria.

**Justicia:** Siendo un valor que otorga armonía y equilibrios en los pesos y contrapesos de los intereses que permean las relaciones e interrelaciones entre el Estado Vs sociedad y dentro de la sociedad. Cuando ocurren las desarmonías y los desequilibrios el mecanismo válido para su restauración es la correcta administración de justicia, en este caso sostener la jurisdicción penal como mecanismo para la solución de los conflictos por la tierra con vocación agraria, nos alejaba de la realización del valor justicia, ya que afectaría otros valores fundamentales como la libertad, igualdad.

**Juez natural:** Esta garantía a su vez se comporta como un derecho humano que tiene toda persona de ser juzgada por personas especializada en la naturaleza del conflicto, pues es quien tendría mayor omnicomprension y capacidad teórica, conceptual y metodológica de resolución, el juez penal esta llamado para resolver las formas graves de comportamiento que el legislador considera merecedoras de consecuencia punitiva, a diferencia del juez agrario, que está llamado a resolver los conflictos de distribución, administración, posesión de uno de los medios de producción como lo es la tierra, con consecuencias tributarias, interdictivas, ablatorias pero no lesivas a la libertad personal.

## SALA CONSTITUCIONAL

**Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO**

**Expediente N° 11-0829**

El 21 de junio de 2011, el abogado EDUAR ENRIQUE MORENO BLANCO, en su carácter de Defensor Público Segundo ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Casación Civil y Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y Corte Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, interpuso solicitud de avocamiento de la causa distinguida con el número JP21-P-2007-006551, seguida a los ciudadanos MARTIN JAVIER JIMENEZ y RAFAEL CELESTINO BELISARIO, por ante el Juzgado de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, extensión Valle de La Pascua, quienes fueron condenados por la comisión de los delitos de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles e incendio, a cumplir la pena de diez (10) años y seis (6) meses de prisión.

El 28 de junio de 2011, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 18 de julio de 2011, mediante sentencia N° 1147 de esta Sala Constitucional, se admitió la presente solicitud de avocamiento, en consecuencia, se ordenó la inmediata remisión de las actuaciones que conforman la causa penal principal, así como la suspensión de la causa y la prohibición de realizar cualquier actuación.

El 7 de octubre de 2011, la Sala dio cuenta del oficio N° 1432-11, emanado de la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico y anexos, mediante el cual se remiten las actuaciones solicitadas.

El 17 de octubre de 2011, la Sala da cuenta de escrito presentado en esa misma fecha por el abogado EDUAR ENRIQUE MORENO BLANCO, en su carácter de autos, mediante el cual solicita el pronunciamiento de la presente solicitud.

El 23 de noviembre de 2011 la Sala dio cuenta de diligencia presentada por la ciudadana Marisela Belisario Aguilar, quien señala ser hija del ciudadano Rafael Celestino Belisario, mediante la cual solicita pronunciamiento sobre la presente solicitud.

El 30 de noviembre de 2011 la Sala dio cuenta de diligencia presentada por la ciudadana Marisela Belisario Aguilar, quien señala ser hija del ciudadano Rafael Celestino Belisario, mediante la cual solicita pronunciamiento sobre la presente solicitud.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expedi-

ente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

## I

### DE LA SOLICITUD DE AVOCAMIENTO

La parte actora expuso en su escrito lo siguiente:

Que “*Mi representado el ciudadano RAFAEL BELISARIO, ha ejercido toda su vida la labor agrícola como su oficio u ocupación principal en el Fundo denominado ‘San Jerónimo’, introduciendo pasto, y estableciendo rubros estratégicos como el caso del maíz, siendo beneficiado por la Declaratoria de Garantía de Permanencia por el Instituto Nacional de Tierras (INTI), sobre lote de terreno constante de NOVENTA Y DOS HECTÁREAS CON CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES METROS CUADRADOS (92 HAS/5.233 M2), ubicado dentro de los siguientes linderos: Norte: Terreno ocupado por Benito Álvarez, Sur: Quebrada el Chiquero. Este: Terreno ocupado por Aníbal Alvares, Oeste: Carretera vía Tucupido El Socorro (...)*”. (Resaltado y mayúsculas del solicitante).

Que “*(...) tal Declaratoria de Garantía de Permanencia, consta de documento otorgado por el Instituto Nacional de Tierras notariado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Chacao del Estado Miranda, anotado bajo el N° 47, Tomo 65, de los libros de autenticaciones llevados en esa Notaría de fecha once (11) de marzo del año 2008*” (Resaltado del solicitante).

Que “*(...) tal como ha sido certificado por su médico privado tratante, mi representado padece de hipertensión, enfermedad esta que se ha ido agravando por la depresión natural originada a raíz de su ilegítima privación de libertad, teniendo una necesidad diaria de uso del medicamento Captopril, el cual pertenece al grupo de medicamentos llamados inhibidores ECA, comúnmente empleado para tratar la presión alta (hipertensión), por lo que quien suscribe, lo mismo que sus familiares y allegados, tememos fundadamente por su salud y estado emocional (...)*” (Resaltado del solicitante).

Que “*(...) Mi representado, se encuentra privado de su libertad en la Zona de Coordinación Policial N° 4 Valle de la Pascua, desde el día treinta y uno (31) del mes de marzo de 2011, es decir, hace más de dos meses, en condiciones de hacinamiento, lo que resulta para un campesino de la tercera edad (65 años), un trauma permanente, dado que está acostumbrado a vivir libre en la sabana guariqueña*”.

Que “*(...). Los presuntos hechos acaecidos, y que fueran erróneamente tramitados por ante la jurisdicción penal ordinaria mediante los cuales es juzgado privándolo de su libertad, resultan de naturaleza eminentemente agraria, tales como perturbación, despojo y daños a la propiedad agraria, a pesar de comunicación dirigida al Tribunal de la causa por parte del Director de la Consultoría Jurídica del Instituto Nacional de Tierras, donde le participa de la Declaratoria de Garantía de Permanencia, sin embargo hizo caso omiso*”.

Que “*Tal atropello hacia mi representado ha sido rechazado por toda la comunidad y lugareños, así como por la Coordinadora Agraria Nacional Ezequiel Zamora, la*

cual esta constituida por los habitantes y productores organizados de esa zona, quien (sic) ha rechazado el trato judicial dado a los ciudadanos **RAFAEL BELISARIO y MARTIN JAVIER JIMÉNEZ**” (Resaltado y mayúsculas del solicitante).

Que “(...) la presente solicitud de avocamiento, se basará fundamentalmente en el orden público constitucional controvertido contenido en sus artículos 2, 26 y 49, que supone privar a un campesino de su libertad mediante la equivoca solicitud de juzgamiento proferida ilegalmente por el Ministerio Público de tramitarle un juicio con la aplicación de leyes penales. Lo que no se corresponde con su condición humana de agricultor (...)”.

Que “(...) cuando el legislador delineó la competencia agraria, lo hizo estableciendo la competencia exclusiva y excluyente de los juzgados agrarios ‘para conocer de los conflictos surgidos entre particulares con ocasión a la actividad agrícola’. Siendo que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la acepción concedida al término conflicto (Del lat. *conflictus*) consiste en ‘problema, cuestión o materia de discusión’, lo cual extrapolado al ámbito rural, hace que se reconozca sin vacilaciones la competencia material agraria sobre la penal, en los conflictos acaecidos entre particulares, fundamentalmente campesinos derivada de su posesión o propiedad agraria, e incluso por los daños y perjuicios causados a las mismas, lo cual en todo momento debe ser conocido por un juez natural como lo es el juez especial agrario (...)”.

Que “(...) de las testimoniales y de los documentos oficiales emanados y otorgados por el Instituto Nacional de Tierras, así como del Certificado del Registro Nacional de Productores, Asociaciones, Empresas de Servicios y Organizaciones Asociativas Económicas de Productores Agrícolas, a nombre de mi representado se certifica que es un Productor Agropecuario, de lo cual se infiere estamos en presencia de actividad agrícola y pecuaria, donde se disputa entre el Fundo denominado ‘**EL CHIQUERO**’ y El (sic) fundo ‘**SAN JERONIMO**’, por el derecho de explotación agrícola y pecuario, de allí que el tema es de naturaleza estrictamente agraria tal como lo dispone el artículo 197 de la Ley de tierras (sic)” (Resaltado y mayúsculas del solicitante).

Que “De acuerdo a lo anterior, el conocimiento y sustanciación de la presente causa, le debió corresponder en todo momento al juez ordinario agrario, por cuanto las situaciones explanadas durante el proceso penal -lo cual originaron la presente solicitud de avocamiento- se encuentran tipificadas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en el marco de las competencias de los juzgados agrarios de primera instancia, como un conflicto surgido entre particulares con ocasión a las actividades agrícolas, siendo que las funciones y competencias de la jurisdicción penal ordinaria se encuentran bien delimitadas en el Código Orgánico Procesal Penal (...)”.

Que “Dispone la referida norma especial agraria: ‘**Artículo 197.** Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos: 1. **Acciones declarativas, petitorias, reivindicatorias y posesorias en materia agraria.** 2. **Deslinde judicial de predios rurales.** 3. **Acciones relativas al uso, aprovechamiento, constitución de**

*servidumbres y demás derechos reales, para fines agrarios. 4. Acciones sucesorales sobre bienes afectos a la actividad agraria. 5. Acciones derivadas del derecho de permanencia. 6. Procedimientos de desocupación o desalojos de fundos. 7. Acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria. 8. Acciones derivadas de contratos agrarios. 9. Acciones de indemnización de daños y perjuicios derivados de la actividad agraria. 10. Acciones originadas con ocasión a la constitución del patrimonio familiar agrario. 11. Acciones derivadas de conflictos suscitados entre sociedades de usuarios, uniones de prestatarios, cooperativas y demás organizaciones de índole agraria. 12. Acciones derivadas del crédito agrario. 13. Acciones, y controversias surgidas del uso, aprovechamiento, fomento y conservación de los recursos naturales renovables que determine la ley. 14. Acciones derivadas del uso común de las aguas de regadío y de las organizaciones de usuarios de las mismas. 15. En general, todas las acciones y controversias entre particulares relacionados con la actividad agraria.”* (Resaltado del solicitante).

Que “(...) cabe preguntarnos, que utilidad generaría al colectivo la existencia y puesta en práctica de una jurisdicción especial como la agraria, que cedería la competencia en caso de conflictos entre particulares por las disputas de propiedad y posesión rural, que erróneamente se califican como invasión de la propiedad particular. Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto en el presente caso se procedería a penalizar una conducta no lesiva como resulta la actividad agraria (...)”.

Que “(...) al ser condenado penalmente un campesino por acciones entre particulares derivados de la actividad agrícola consagradas en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, origina tan palmario desorden procesal en la presente causa que atenta contra el orden público y fundamentalmente los derechos constitucionales de mi representado, lo que amerite la intervención urgente de este digno Poder Judicial, declarando procedente el avocamiento aquí solicitado de conformidad con lo establecido en el artículo 16 numeral 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

Que “(...) solicito formalmente que sea desaplicado por control difuso toda normativa penal para casos futuros, especialmente los referidos a la comisión de los delitos INVASIÓN, previsto y sancionado en el artículo 471-A del Código Penal, PERTURBACIÓN VIOLENTA A LA POSESIÓN DE BIENES INMUEBLES, previsto y sancionado en el artículo 472 en concordancia ibídem, cuando se trate de conflictos campesinos suscitados con ocasión a la actividad agraria y por ende se correspondan con las competencias establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (...)” (Mayúsculas del solicitante).

## II CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En la oportunidad de decidir, esta Sala observa:

El undécimo aparte del artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone: *“El avocamiento será ejercido con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática venezolana”*.

De manera que, la figura del avocamiento reviste un carácter extraordinario por cuanto afecta las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción y de allí deriva que las Salas de este Máximo Tribunal, cuando ejerzan la misma, deberán ceñirse estrictamente al contenido de la precitada norma, que regula las condiciones de procedencia de las solicitudes al respecto.

En función de ello, esa función protectora y garantista de los derechos individuales de los justiciables recae de manera inmediata en los órganos jurisdiccionales, cuando se advierta un deterioro de los mismos, o ante una expectativa de amenaza de aquellos, los cuales pueden resultar vulnerados en su círculo vital, -como los que conciernen a la libertad personal- o en su desarrollo social, todo ello en aras de la efectiva realización de las directrices sociales concebidas por la Ley Fundamental. Es así como, constatada dicha amenaza o directamente la violación a los derechos individuales de los justiciables, surge la necesidad inmediata y expedita en el juez constitucional de intervenir para salvaguardarlos.

En tal sentido, la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone en el artículo 25 numeral 16, lo siguiente:

*“Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:  
(...)”*

*16. Avocar las causas en las que se presuma la violación del orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme”*.

En este orden de ideas, el artículo 107 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece:

*“El avocamiento será ejercido con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática”*.

Efectivamente, la figura del avocamiento reviste un carácter sumamente extraordi-

nario por cuanto afecta las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción y de allí deriva que las Salas de este Máximo Tribunal, cuando ejerzan la misma, deberán ceñirse estrictamente al contenido de la precitada norma, que regula las condiciones de procedencia de las solicitudes al respecto.

Esta Sala debe reiterar que la naturaleza de la institución del avocamiento, presupone la existencia de un juicio y que razones de interés público justifiquen el conocimiento de este Alto Tribunal. Así, se advierte que dicha potestad de avocamiento precluye indefectiblemente cuando el expediente objeto del mismo, ha culminado efectivamente, es decir, que en el mismo se haya dictado sentencia definitivamente firme, (Vid. Sentencia de esta Sala N° 380/2008, caso “Bandes”) contra la cual, no tendría efecto procesal alguno avocarse al conocimiento de la causa, por cuanto dicha potestad se erige como una figura procesal que ante las posibles distorsiones procesales que puedan ocasionarse en el decurso de un proceso, justifican la afectación del orden normal de la distribución de competencias por el grado de la jurisdicción. (Vid. Entre otras, sentencias de esta Sala Nros. 2147/2004 y 133/2005).

Ello así, recibidas las actuaciones provenientes de la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Estado Guárico, de la causa distinguida con el N° **JP21-P-2007-006551**, seguida a los ciudadanos Martín Javier Jiménez y Rafael Celestino Belisario, por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, extensión Valle de La Pascua, se constató que el 23 de junio de 2011 la defensa privada del ciudadano Martín Javier Jiménez interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada 31 de marzo de 2011, y publicada 6 de junio de 2011, mediante la cual resultaron condenados, los ciudadanos en mención a cumplir la pena de diez (10) años y seis (6) meses de prisión, por los delitos de invasión, perturbación violenta a la posesión pacífica e incendio. Así mismo, el 11 de julio de 2011, la defensa pública del ciudadano Rafael Celestino Belisario, interpuso recurso de apelación, igualmente contra la referida decisión.

Ahora bien, no consta en actas, ni tampoco se tiene conocimiento por notoriedad judicial, que los referidos recursos de apelación hayan sido resueltos por la Corte de Apelaciones de ese Circuito Judicial Penal. Siendo así, no observa la Sala que, en el proceso objeto de la presente solicitud se haya dictado sentencia definitivamente firme.

Al mismo tiempo, la Sala al advertir en el presente caso la posible transgresión del orden público constitucional, en el marco de los principios fundamentales que informan el derecho al debido proceso, a la correcta aplicación de las leyes, y en lo que concierne a la adecuación típica, concebida como el proceso mediante el cual una conducta o comportamiento humano, encuadra dentro de un tipo penal determinado, función esta que le es propia al juzgador a quien atañe el conocimiento del caso en concreto, con el objeto de evitar decisiones arbitrarias que coloquen en entredicho la imagen del poder judicial, en aras de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, con la finalidad de determinar, efectivamente, la posible vulneración al orden jurídico

constitucional, y con el objeto de evitar criterios jurisprudenciales contradictorios en el presente caso, se avoca a su conocimiento. Así se decide.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse sobre el objeto de la presente solicitud, observando que, en el caso de autos, se denunció la supuesta conculcación del “orden público constitucional controvertido contenido en sus artículos 2, 26 y 49, que supone privar a un campesino de su libertad mediante la equívoca solicitud de juzgamiento proferida ilegalmente por el Ministerio Público de tramitarle un juicio con la aplicación de leyes penales. Lo que no se corresponde con su condición humana de agricultor”.

Así mismo, se denuncia que “ el conocimiento y sustanciación de la presente causa, le debió corresponder en todo momento al juez ordinario agrario, por cuanto las situaciones explanadas durante el proceso penal -lo cual originaron la presente solicitud de avocamiento- se encuentran tipificadas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en el marco de las competencias de los juzgados agrarios de primera instancia, como un conflicto surgido entre particulares con ocasión a las actividades agrícolas, siendo que las funciones y competencias de la jurisdicción penal ordinaria se encuentran bien delimitadas en el Código Orgánico Procesal Penal”.

Ahora bien, se observa que los referidos ciudadanos, fueron condenados el 31 de marzo de 2011 por los delitos de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles e incendio, a cumplir la pena de diez (10) años y seis (6) meses de prisión por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, extensión Valle de La Pascua tras la aplicación del derecho penal a conductas referidas a conflictos agrarios, cuya resolución concierne al Juez agrario, según lo aduce el solicitante, por lo que se precisa evidenciar si tales conductas enmarcarían en la estructura de la tipicidad, entendida, en una de sus acepciones, como “la característica de una conducta cuando se subordina o adecua a un tipo de delito” (Cfr. JORGE FRÍAS CABALLERO, Teoría del delito; p. 103, Editorial Livrosca, Caracas 1996), en atención a los principios fundamentales que rigen el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa como pilares fundamentales de un proceso penal acusatorio de corte garantista.

La tipicidad constituye una garantía jurídico-política y social de la propia libertad y seguridad individual, en el entendido que la ley debe definir previamente y de manera precisa, el acto, hecho u omisión que constituye el delito. Entendiéndose que no es factible dejar al arbitrio de quien deba aplicar la ley como autoridad judicial, la calificación discrecional de aquellos que pudieren ser o no punibles y por ende ser objeto o no de castigo. Esto es lo que se conoce doctrinariamente como el *principio de legalidad*, que no es más que la prohibición que pesa sobre el juzgador de enjuiciar como ilícitos, aquellos comportamientos que no se adecúen al tipo legal, aun cuando los mismos parezcan manifiestamente injustos o contrarios a las buenas costumbres o a la moral.

De manera que, el principio de legalidad (*nullum crimen*) y la tipicidad, se en-

cuentran estrechamente vinculados, el primero implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, el principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 1 del Código Penal.

Así, en el primero se establece que, *“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”*; y, en el segundo se señala que: *“Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente (...)”*.

Con respecto al principio de legalidad, ROXIN expresa que, *“un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. (...) Frente a esto, el principio de legalidad, (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.”* (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 137).

De tal forma que, no solo corresponde al Estado ejercer su función punitiva, sino que, además, debe velar porque ese ejercicio, no se torne arbitrario y desproporcional, y, es justamente, a través del principio de legalidad que el mismo Estado regulará su ejercicio, evitando calificar como punibles conductas que no lo son e imponiendo sanciones que no son aplicables a la naturaleza de las acciones erróneamente consideradas como delictivas.

Así las cosas observa la Sala que, en el caso *sub examine*, los ciudadanos Rafael Celestino Belisario y Martin Javier Jiménez, fueron acusados y condenados por la presunta comisión del delito de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles e incendio, previstos y sancionados en los artículos 471-a, 472 y 343, respectivamente del Código Penal.

Ahora bien, de la revisión de las actuaciones recibidas por esta Sala, provenientes del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Extensión Valle de La Pascua, se pudo evidenciar que el ciudadano Rafael Belisario, le fue otorgado por una Declaratoria de Garantía de Permanencia, por el Instituto Nacional de Tierras (INTI), sobre un fundo denominado “San Jerónimo”, constituido por un lote de terreno constante de noventa y dos hectáreas con cinco mil doscientos treinta y tres metros cuad-

rados (92 has/5.233 m<sup>2</sup>), ubicado dentro de los siguientes linderos: Norte: Terreno ocupado por Benito Álvarez, Sur: Quebrada el Chiquero. Este: Terreno ocupado por Aníbal Alvares, Oeste: Carretera vía Tucupido El Socorro, Estado Guárico, según consta en documento autenticado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Chacao del Estado Miranda, quedando anotado bajo el número 47, Tomo 65, de los libros de autenticaciones llevados por ante esa Notaría el 11 de marzo de 2008, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, es una garantía del régimen de uso de tierras con vocación agrícola otorgada a los grupos que en el texto del mismo se describen. Así mismo, consta documento de compra venta sobre un fundo denominado “El Chiquero”, constituido por un lote de terreno de 60 has., registrado por ante la Oficina de Registro inmobiliario del Municipio José Félix Rivas del Estado Guárico bajo el número 36, folio 145, protocolo primero, tomo 1 correspondiente al tercer trimestre del año 1993, mediante el cual el ciudadano Rómulo Infante le vende a la ciudadana Carmen Susana Abreu, el inmueble en cuestión.

En el mismo orden de ideas, de las actas del juicio oral y público que cursan en el expediente contentivo de la causa penal, se desprende que el transcurso del contradictorio, se determinó, a través de los testimoniales y de los documentales, sobre los que se fundamentó el Juzgado en Funciones de Juicio para condenar a los antedichos ciudadanos, que entre el ciudadano Rafael Belisario y la ciudadana Carmen Susana existía una disputa con respecto a los fundos denominados “El Chiquero” y el fundo “San Jerónimo”, ambos colindantes entre sí, por el derecho de explotación agrícola y pecuario.

Ahora bien, en atención a los hechos expuestos, precisa la Sala analizar el contenido de los artículos 471-a y 472, ambos del Código Penal, que establecen los tipos penales referidos a la invasión y a la perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles, previstos, respectivamente, mediante los cuales fueron condenados los ciudadanos arriba mencionados

*Artículo 471-A. Quien con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno, inmueble o bienhechuría, ajenas, incurrirá en prisión de cinco años a diez años y multa de cincuenta unidades tributarias (50U.T.) a doscientas unidades tributarias (200 U.T.). El solo hecho de invadir, sin que se obtenga provecho, acarreará la pena anterior rebajada a criterio del juez hasta en una sexta parte. La pena establecida en el inciso anterior se aplicará aumentada hasta la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.*

*Se incrementará la pena a la mitad de la pena aplicable cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.*

*Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos. Será eximente de responsabilidad penal, además de haber desalojado el inmueble, que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños*

causados a entera satisfacción de la víctima.

*Si el hecho se hubiere cometido por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de dos años a seis años; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.*

Artículo 472. *Quien, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores y por medio de violencia sobre las personas o las cosas, perturben la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, será castigado con prisión de un año a dos años, y resarcimiento del daño causado a la víctima de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cien unidades tributarias (100 U.T.). Si el hecho se hubiere cometido por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de dos años a seis años; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.*

De la lectura de ambas disposiciones sustantivas, se desprende que tanto una figura como la otra -invasión y perturbación a la posesión pacífica- llevan implícita la probanza, del derecho que se pretende violentado -propiedad o posesión-. Así, es menester la existencia de un instrumento demostrativo del derecho que se alegue, y el cual se vea cercenado por la invasión o la perturbación. De lo que resulta evidente, que para la consumación de ambos delitos se requiere la incuestionable propiedad o posesión sobre el bien inmueble objeto del delito, por parte de quien resultare víctima en la causa penal, de lo que se deriva la cualidad de *ajeno* -perteneciente a otra persona- para el infractor, como elemento constitutivo del tipo.

Asimismo, resulta relevante destacar que, el tercer aparte de la primera de las disposiciones comentadas -artículo 471-a del Código Penal-, establece como agravante específica, que la invasión se lleve a cabo “sobre terrenos ubicados en zona rural”. Resultando obvio el aumento de las penas en estos casos, porque no sólo se atenta contra propiedad sino, que adicionalmente pudiera atentarse contra la seguridad agroalimentaria. Sin embargo, tal como se indicara ut supra, es requisito indispensable la probanza del derecho que se entiende amenazado, de lo que se deriva la irregularidad de la ocupación, ya que al encontrarse en discusión la legitimidad en la ocupación, se adolece de uno de los elementos del tipo penal.

En este orden de ideas, es evidente que ambos tipos -invasión y perturbación violenta a la posesión pacífica- se excluyen entre sí, pues, de la lectura de este segundo tipo penal contenido en el artículo 472 de la norma penal sustantiva, al indicar “*Quien, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores*” se extrae que para la consumación del delito previsto en el mismo, se requiere que el hecho no se adecúe a los supuestos previstos en el artículo que lo precede. Ello es así porque en el primero se requiere la ocupación del inmueble, mientras que en el segundo supuesto, la perturbación no implica la ocupación del bien, razón por la cual, bajo estas consideraciones de índole legal, mal puede aplicarse a los mismos hechos ambos tipos penales.

De modo que, si surgen situaciones de donde emerge una disputa por el derecho legítimo que se procure sobre dichos bienes, entre quien se pretenda propietario

o poseedor y quien se señale como ejecutor de los delitos previstos en los artículos comentados, mal podrá entenderse materializado el ilícito comprendido en cualquiera de los dos artículos, y por ende no será competente para resolver tal conflicto el juez penal, sino el de la jurisdicción que según la naturaleza del conflicto corresponda.

Ahora bien, de la lectura de los artículos que contienen los tipos penales mencionados –invasión y perturbación violenta de la posesión- se extrae que en ambos casos los verbos rectores –invasión y perturbación- se relacionan con bienes inmuebles, terrenos o bienhechurías en general, sin hacer distinción en cuanto al uso o destino que se le viniere dando a los mismos. De lo que se deviene que para que en primer caso se materialice el delito se requiere el ánimo delictivo de obtener un provecho injusto de esa ocupación ilegal, y en cuanto al segundo caso, esa posesión del inmueble debe entenderse “pacífica”, en su sentido estricto, es decir, que no medie conflicto o disputa en cuanto a la misma.

De manera que, adicionalmente a los elementos que componen los dos tipos penales bajo análisis, dos son los requisitos indispensable para entender que se está en presencia de alguno de los dos supuestos, por un lado el ánimo de obtener un **provecho injusto**, vale decir que no se posea ningún título que acredite derecho alguno sobre el bien objeto del delito, y en caso del segundo supuesto, que no exista disputa alguna sobre la titularidad del bien, de ser así, mal podría entenderse la posesión como **pacífica**.

Dicho esto, en el entendido que el caso en estudio, el solicitante alega, que en el mismo se juzgaron hechos cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción agraria, pasa la Sala a verificar la competencia de esta Jurisdicción, a los fines de determinar sus asertos.

En este sentido, el artículo 186 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, establece que *“Las controversias que se susciten entre particulares con motivo de las actividades agrarias serán sustanciadas y decididas por los tribunales de la jurisdicción agraria, conforme al procedimiento ordinario agrario, el cual se tramitará oralmente, a menos que en otras leyes se establezcan procedimientos especiales”*.

Así mismo, en el mismo texto legal, se encuentra prevista la competencia de los juzgados de primera instancia agraria para conocer de las demandas entre particulares, con ocasión de la actividad agraria, en su artículo 197, que dispone:

*“Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos:*

- 1. Acciones declarativas, petitorias, reivindicatorias y posesorias en materia agraria.*
- 2. Deslinde judicial de predios rurales.*
- 3. Acciones relativas al uso, aprovechamiento, constitución de servidumbres y demás derechos reales, para fines agrarios.*

4. *Acciones sucesorales sobre bienes afectos a la actividad agraria.*
5. *Acciones derivadas del derecho de permanencia.*
6. *Procedimiento de desocupación o desalojos de fundos.*
7. *Acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria.*
8. *Acciones derivadas de contratos agrarios.*
9. *Acciones de indemnización de daños y perjuicios derivados de la actividad agraria.*
10. *Acciones originadas con ocasión a la constitución del patrimonio familiar agrario.*
11. *Acciones derivadas de conflictos suscitados entre sociedades de usuarios, uniones de prestatarios, cooperativas y demás organizaciones de índole agraria.*
12. *Acciones derivadas del crédito agrario.*
13. *Acciones y controversias surgidas del uso, aprovechamiento, fomento y conservación de los recursos naturales renovables que determine la ley.*
14. *Acciones derivadas del uso común de las aguas de regadío y de las organizaciones de usuarios de las mismas.*
15. *En general, todas las acciones y controversias entre particulares relacionados con la actividad agraria”.*

Así las cosas, a través del artículo 305 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha elevado a rango constitucional el derecho a la seguridad agroalimentaria, en los siguientes términos:

*“Artículo 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola (...).”*

La naturaleza de la actividad agraria fue objeto de estudio y análisis por esta

Sala Constitucional mediante fallo N° 262/2005, en la cual se estableció que la actividad agraria constituye “(...) *una actividad sometida en mayor o menor grado a un régimen estatutario de derecho público que ha sido objeto de tutela por parte del legislador, no sólo mediante una serie de medidas relacionadas directamente con el régimen sustantivo de los derechos (vgr., la afectación de uso y redistribución de las tierras), sino mediante la creación de una jurisdicción (competencia) especial que permita a los particulares un acceso directo a órganos jurisdiccionales especializados; que estén en capacidad de atender con criterios técnicos, tomando en consideración el interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones (Cfr. Artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario)*”.

De ello resulta que, en efecto, la **jurisdicción especial agraria** es la llamada a amparar los principios constitucionales previstos en los artículos 2, 26, 49, 305 y 307 y que el legislador concentró en el artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, como la consolidación de los mismos dentro de un estado democrático, social de derecho y de justicia, en la búsqueda de la profundización de los valores constitucionales de desarrollo sustentable, inherentes a la seguridad agroalimentaria y a la justa disponibilidad suficiente de alimentos de calidad, distribución de la riqueza y planificación estratégica, democrática y participativa; así como la mejora de la calidad de vida de la población campesina, y el logro de un desarrollo armónico y viable en el contexto de la justicia social que toda actividad agraria persigue.

En tal sentido, la Sala no puede dejar de advertir que, en base a esa protección a la seguridad alimentaria, de la que emerge la protección constitucional a la producción agropecuaria interna, se observan diferencias sustanciales entre la posesión o propiedad civil, -que es la que persiguen proteger las normas penales sustantivas comentadas- y la posesión agraria en el marco de la protección constitucional y legal, puesto que la posesión agraria se conforma con el principio de preeminencia del desarrollo de la actividad social sobre la particular. Es decir, por encima de los derechos particulares, se sobreponen los derechos que emergen del uso del bien destinado a la producción de alimentos o rubros útiles para el consumo humano, que permitan satisfacer las necesidades agroalimentarias tanto de quien la produce o trabaja como de su entorno familiar o colectivo.

En consideración a las precedentes consideraciones, es forzoso concluir que la resolución de los conflictos surgidos entre particulares relacionada con la actividad agraria *corresponde resolverlas a la jurisdicción especial agraria, si de ellas se derivan* las instituciones propias del derecho agrario, y seguirse a través del instrumento legal que lo regula, por lo que, pretender encuadrar el supuesto de hecho correspondiente a conflictos entre campesinos, derivados de la actividad agroproductiva en los supuestos legales previstos en los tipos penales de invasión y perturbación violenta de la posesión, a los cuales les corresponde la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para dirimir este tipo de conflictos, de acuerdo al contenido de sus artículos 186 y 197, atenta contra la norma constitucional que recoge

el principio del debido proceso, establecido en el artículo 49 del texto constitucional, lo que encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria.

En ese orden de ideas, se advierte que las Garantías de Permanencia establecidas en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, los Títulos de Adjudicación de Tierras, establecidos en el artículo 12 *eiusdem*, y las Cartas Agrarias previstas en el Decreto Ejecutivo N° 2.292 del 4 de febrero de 2003, otorgadas por el Instituto Nacional de Tierras a los grupos o ciudadanos que se señalan en cada uno de sus supuestos, deben entenderse como instrumentos legales derivados, legítimamente, del uso de la tierra con vocación para la producción agrícola.

Bajo estas consideraciones, no resultan aplicables a los casos en los cuales exista un conflicto entre particulares, originados por la producción agroproductiva, los tipos penales establecidos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, si **a través de la investigación iniciada por el Ministerio Público**, se evidencie una disputa en relación al derecho invocado sobre el inmueble objeto del proceso, bien sea mediante las figuras establecidas en el Código Civil Venezolano o mediante cualquiera de estos títulos, debidamente otorgados por el organismo facultado para ello –Instituto Nacional de Tierras- a alguna o ambas partes, pues, en tales casos compete al juez de primera instancia agraria, –quien debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria del Estado y el aseguramiento y biodiversidad ambiental- la resolución de las demandas entre particulares que se inicien con ocasión de la actividad agrícola. Y así se decide.

Así pues, cuando de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público por la presunta comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, se devenga la existencia de conflictos que guarden relación con la actividad agroproductiva, el Fiscal a cargo de quien se encuentre la investigación deberá remitir las actuaciones al juez con competencia en materia agraria; pudiendo, de la misma manera, el juez penal que esté conociendo la causa en fase de control o de juicio, declinar la competencia en el juez agrario, cuando advierta que los hechos objetos del proceso no revisten carácter penal, por tratarse de disputas producto de la actividad agraria, previa declaratoria del sobreseimiento de la causa por no revestir los hechos carácter penal, conforme lo establece el artículo 318, cardinal segundo del Código Orgánico Procesal Penal, o, en su defecto, cuando se presenten dudas al respecto de la titularidad o posesión del inmueble objeto de los hechos, se decretará la prejudicialidad de oficio, hasta tanto el juez con competencia en materia agraria defina tal circunstancia, con lo que se determinará la concurrencia o no de los elementos propios del tipo

En sentido contrario opera lo mismo, vale decir, si luego de iniciarse el procedimiento ordinario agrario, el juez a quien competa el conocimiento de la causa, determinar, que los hechos no se encuentran enmarcados dentro de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sino que los mismos pudieran configurar un ilícito penal, remitirá las actuaciones al

Ministerio Público, para el inicio de la investigación a que hubiere lugar.

De manera que, en estos supuestos, debe el juez agrario, así como el Ministerio Público, verificar, cuidadosamente, si los hechos denunciados o demandados devienen de una actividad propia de la materia agraria, (verbigracia, el roza de los sembradíos o quema de los ramajes), siempre y cuando de dicha actividad no resulten afectados otro tipo de bienes, cuyo ámbito de protección escape del conocimiento de la jurisdicción especial agraria, pudiendo resultar constitutivos de algún hecho ilícito, casos en los cuales debe verificarse cautelosamente los elementos que componen los tipos penales comentados o algún otro distinto de aquéllos.

En consecuencia, bajo las consideraciones expuestas, **al verificarse que el artículo 471-a y el artículo 472, ambos del Código Penal, que contienen los tipos penales de invasión y de perturbación a la posesión pacífica, no hacen distinción en cuanto a los casos en los cuales las acciones que se presuman delictivas, versen sobre la disputa de bienes destinados a la actividad agraria o que pudieran presumirse de vocación agrícola, -en cuyo caso deben excluirse de los supuestos configurativos del tipo, pues en tal caso, los hechos objeto del proceso resultarían atípicos- y en consecuencia, se desprenda la falta de competencia material (*ratione materiae*) del juez penal, por lo que se entienden normas contrarias al deber de tipificación suficiente y a la garantía del debido proceso, establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contentivo, a su vez, del principio de legalidad y del derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, -49.6 y 49.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, aunado a la necesidad de generar seguridad jurídica en la interpretación del ordenamiento jurídico, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado y competente para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia.**

Ahora bien, como consecuencia del avocamiento al conocimiento de la presente causa, conforme a lo previsto en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Constitucional, pasa a pronunciarse sobre la resolución de lo planteado como sustento de la solicitud de avocamiento.

En ese orden de ideas, la Sala observa que, al ciudadano Rafael Celestino Belisario le fue otorgado, mediante un acto administrativo, emanado del Instituto Nacional de Tierras, una Garantía de Permanencia sobre el fundo “San Jerónimo”, el cual, presuntamente, colinda con el fundo “El Chiquero”, cuya posesión, en apariencia, detenta la ciudadana Carmen Susana Abreu, -quien figura como víctima en el proceso

penal donde fueron condenados los referidos ciudadanos, por la comisión de los delitos de invasión, perturbación violenta a la posesión pacífica e incendio- por compra que le hiciera de la posesión y de las bienhechurías construidas en el denominado fundo “El Chiquero”, al ciudadano Rómulo Infante, mediante documento registrado por ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito Ribas, Estado Guárico, que según aduce el ciudadano Rafael Celestino Belisario, se encuentran dentro de los linderos del fundo “San Jerónimo”, tal como se desprende de acta de entrevista que se le efectuó en el transcurso de la investigación por ante el Ministerio Público.

De manera que, siendo que la Garantía de Permanencia es un beneficio emanado, mediante un acto administrativo, del Instituto Nacional de Tierras, otorgado dentro del régimen del uso de tierras con vocación agrícola, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, bajo las consideraciones que han quedado expuestas en el presente fallo, debe entenderse que es un instrumento legal y justo, que otorga derechos sobre la tierra a quien la produce, con lo que se descartan los elementos del tipo penal establecido en el artículo 471-a, contentivo del delito de invasión, referidos a la ajenidad y al ánimo de obtener un “provecho injusto” sobre el inmueble invadido.

Lo mismo cabe añadir respecto al delito de perturbación violenta a la posesión pacífica, cuyo principal elemento configurativo del tipo es la tenencia “pacífica” del inmueble, lo que implica que sobre el mismo no debe mediar disputa alguna que perturbe dicha posesión. Razón por la cual, en ambos casos -invasión o perturbación- es determinante la existencia de los instrumentos legales que demuestren la titularidad o posesión sobre el inmueble objeto del delito, por parte de quien detente alguna de estas cualidades –propietario o poseedor- y la inexistencia de conflicto alguno al respecto, que pongan en duda tal condición.

En consecuencia, evidenciándose en el caso que ocupa a la Sala que, el ciudadano Rafael Belisario le fue otorgado una Garantía de Permanencia sobre las mismas tierras o parte de éstas, que estaban siendo ocupadas por la ciudadana Carmen Susana Abreu, quien detenta un título de venta de la posesión y las bienhechurías construidas sobre las mismas, o sobre parte de las mismas -de lo que se desprende un posible conflicto de deslinde de predios rurales-, forzoso es concluir que de tales hechos emerge una disputa entre particulares producto de la actividad agraria, -cardinal 2 del artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- para lo cual se requería la intervención de la jurisdicción especial agraria, con el objeto de resolver dicho conflicto y no la de la jurisdicción penal ordinaria.

Con base a los anteriores argumentos, la Sala evidencia que los hechos por los cuales fueron juzgados y condenados los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez, no revisten carácter penal, en lo que respecta a los supuestos de invasión y perturbación violenta de la posesión pacífica, pues no se adecuan a los tipos penales establecidos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, debido a que no existen los elementos configurativos del tipo, vale decir: ajenidad y “*provecho injusto*”, ambos con-

stitutivos del delito de invasión, ni, así tampoco, la posesión “*pacífica*” del inmueble objeto de controversia, pues es evidente el conflicto surgido de la actividad agraria que se desprende de las actuaciones. Y así se declara.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, y ante la evidente violación del debido proceso, contenido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se refiere al principio de legalidad y al derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, - artículos 49.6 y 49.4 del texto fundamental- y vista la imposibilidad de sanear el acto, esta Sala Constitucional, actuando de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal, decreta la **nulidad absoluta** de todas las actuaciones realizadas en la presente causa, en consecuencia, en relación a los delitos de invasión y de perturbación violenta a la posesión pacífica, por los cuales fueron condenados los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez, se decreta el sobreseimiento de la causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 318, cardinal segundo, del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto los hechos imputados y por los cuales fueron juzgados no son típicos; así mismo, en cuanto al delito de incendio, de conformidad con el artículo 196 eiusdem, se ordena la reposición de la causa a la etapa de investigación, a los fines de la prosecución de la investigación penal, por el delito de incendio, previsto en el artículo 343 del Código Penal, una vez resuelto por el tribunal agrario, al cual le compete el conocimiento de la presente causa, el conflicto por la tenencia de la tierra objeto del proceso, pues de allí se determinará si el incendio se produjo sobre un inmueble ajeno al predio ocupado por los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez. Y así se declara

Finalmente y en base a los anteriores pronunciamientos, se ordena la **inmediata libertad** de los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez. Así mismo, se ordena librar boleta de excarcelación a favor de los referidos ciudadanos. Oficiese a la Zona de Coordinación Policial de Valle de la Pascua, Estado Guárico, a tales fines.

Por todas las razones precedentemente expuestas esta Sala Constitucional se avoca al conocimiento de la presente causa y, en consecuencia, declara con lugar la solicitud de avocamiento, desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, declara con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia la aplicación del **procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario**, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, y en el resto de los supuestos ajenos a esta circunstancia especialísima –conflicto entre particulares con ocasión de la actividad agraria-, se aplicarán los tipos contenidos en las normas cuya desaplicación se declara para los casos indicados; siempre y cuando se encuentren se encuentren llenos los extremos legales consagrados en los mismos; decreta la nulidad absoluta de todas las actuaciones realizadas en la presente causa; repone la causa a la fase de investigación a los fines que se prosiga la investigación sobre

el delito de incendio y ordena la inmediata libertad sin restricción de los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez.

### III DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1.- **CON LUGAR** la presente solicitud de avocamiento.

2.- **Se DESAPLICA por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria.**

3.- **Se DECLARA, con carácter vinculante, la aplicación del procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria y en el resto de los supuestos ajenos a esta circunstancia especialísima –conflicto entre particulares con ocasión de la actividad agraria-, los tipos contenidos en las normas cuya desaplicación se declara para los casos indicados.**

4.- **Se DECRETA**, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal, la **nulidad absoluta** de todas las actuaciones realizadas en la presente causa.

5.- **Se REPONE** la causa, en cuanto al delito de incendio, previsto y sancionado en el artículo 343 del Código Penal, a la fase de investigación.

6.- **Se ORDENA** la inmediata libertad de los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez.

7.- **Se ORDENA** la publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Judicial y en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente:

*“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado, y competente para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria”.*

Publíquese, regístrese y cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del

Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 08 días del mes de diciembre de dos mil once (2011). Años: 201° de la Independencia y 152° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Ponente

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

El Secretario,

TITO DE LA HOZ

Exp. N° 11-0829  
LEML/

