

Boletim de **JURISPRUDÊNCIA** Nº 12



Elaborado por:



ANADEP
Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos

Agosto 2020

ÍNDICE

| | | |
|---|--|-----------|
|  | Argentina Defensoría General de la Nación de Argentina Jurisprudência 1 | 4 |
|  | Brasil Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Jurisprudência 2 Jurisprudência 3 Jurisprudência 4 | 8 |
| | Defensoria Pública da União do Brasil Jurisprudência 5 Jurisprudência 6 | 58 |
|  | Chile Defensoría Penal Pública de Chile y Asociación de Defensores Penales Públicos de Chile Jurisprudência 7 Jurisprudência 8 | 61 |
|  | Uruguai Asociación de Defensores de Oficio de la República Oriental del Uruguay Jurisprudência 9 | 68 |
|  | Venezuela Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela Jurisprudência 10 Jurisprudência 11 | 71 |

PREFÁCIO

O Boletim de Jurisprudência é uma importante e tradicional publicação do Bloco de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul (BLODEPM), que reúne importantes decisões judiciais na temática dos direitos humanos, do direito penal e do direito processual, que tenham apresentado especial destaque no âmbito interno dos países que compõem a entidade.

A Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos - ANADEP tem a honra de apresentar, para as defensoras e defensores públicos, para as entidades de promoção e defesa dos direitos humanos e para a comunidade acadêmica, a sua 12^o Edição, que conta com onze extratos de jurisprudências, obtidos com a colaboração de Argentina, Brasil, Chile, Uruguai e Venezuela.

A Argentina encaminhou, por meio da Defensoria Pública Geral da Nação, um julgado, tratando de transporte de entorpecentes, permitindo a reflexão sobre estado de necessidade e vulnerabilidade econômica e social.

O Brasil apresenta cinco decisões. Através dos julgados encaminhados por defensoras e defensores estaduais é possível refletir sobre a questão da revista íntima em ambientes prisionais por meio de um julgado do STF, além da discussão de fixação de patamar mínimo de tratamento dos presos e acolhimento de seus visitantes com fundamento nas regras de Mandela e da atuação para que não se realizem operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19. Ainda, por parte da Defensoria Pública da União, foram encaminhados julgados em que foi possível discutir a negação de pedido de extradição de cidadão turco, acusado de terrorismo em seu país de origem, e a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que determina a condenação definitiva da ação penal como condição para a execução da pena.

Pelo Chile, através de seus representantes associativo e institucional, foram encaminhados dois julgados, em que se discute as temáticas dos delitos sexuais e causas de extinção de responsabilidade penal e a responsabilidade penal do adolescente.

O Uruguai, por meio da Associação de Defensores Oficiais da República Oriental do Uruguai, trouxe para conhecimento a decisão em um Habeas Corpus em um crime continuado de venda e negociação de drogas em que se discute a proteção da pessoa privada de liberdade contra a tortura e outros tratamentos cruéis ou condições prisionais que violem a dignidade da pessoa humana.

Por fim, a Venezuela compartilha com os demais membros do BLODEPM dois julgados, um tratando do direito à moradia, com a determinação de devolução de propriedade que foi indevidamente retirada, e outro de extradição.

Com a certeza de que o presente Boletim de Jurisprudência do Bloco de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul em muito contribuirá para a difusão de conhecimento e a integração dos membros do BLODEPM, sempre com olhos postos na defesa dos direitos humanos, desejamos a todos uma excelente leitura.

Aproveitem!

A Diretoria da ANADEP

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE ARGENTINA

Jurisprudência 1

BOLETIN DE JURISPRUDENCIA BLODEPM 12

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE ARGENTINA

TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES. ESTADO DE NECESIDAD. VULNERABILIDAD.

Link de la sentencia: [Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy. “Rodríguez”. 8/11/2019.](#)

ESTADO DE NECESIDAD; TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES; VIOLENCIA DE GÉNERO; VULNERABILIDAD; DERECHO A LA SALUD; INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; PERSONAS CON DISCAPACIDAD; PERSONA POR NACER; INTERPRETACIÓN DE LA LEY; DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

Hechos:

En el marco de un control de prevención, personal de la Gendarmería Nacional detuvo a un micro que circulaba desde la localidad de Salvador Mazza, provincia de Salta, con destino a Córdoba. Los agentes advirtieron que una pasajera tenía un bulto en su abdomen. Por tal razón, la requisaron. En el procedimiento se halló un paquete de un kilo de cocaína sujeto con una faja elástica. Por ese hecho, fue detenida e imputada por el delito de transporte de estupefacientes. La mujer era madre de dos niños de cuatro y dos años y había sido víctima de violencia de género por parte de su ex pareja durante seis años. Por el último hecho de violencia había acudido a un hospital y se había trasladado a la casa de su padre y madre, con quien no tenía buena relación. Además, era el sostén económico de la familia y su ex pareja le solicitaba dinero. La mujer trabajaba como empleada de casa particular y, en algunas ocasiones, como “bagayera”. Los trabajos le alcanzaban para cubrir su alimentación y la de su familia. Su hija menor tenía una malformación congénita en una de sus manos a raíz de la cual se le prescribió una cirugía reconstructiva de manera urgente. El precio de la operación era de cien a doscientos mil pesos. En ese contexto, y mientras trabajaba en la limpieza de la casa de una persona conocida, se le ofreció el traslado de un paquete de droga a Córdoba bajo la promesa de pago de setecientos dólares. Durante la audiencia de control de la acusación, la fiscalía y la defensa acordaron sobre la existencia y la participación de la mujer en el hecho. En la discusión final, la fiscalía solicitó que se la condenara. Por su parte, la defensa sostuvo que su asistida había actuado bajo un estado de necesidad justificante. En tal sentido, explicó que la mujer era víctima de violencia de género y que se encontraba en una situación de vulnerabilidad que no le permitía afrontar los gastos de la intervención que su hija requería de manera urgente. Por tal razón, sostuvo que frente a la ponderación del traslado de la droga frente a la salud de su hija, ésta resultaba de mayor relevancia. Sobre la base de dichas consideraciones, postuló su absolución.

Decisión y argumentos:

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, de manera unipersonal, absolvió a la imputada y ordenó su inmediata libertad (juez Juárez Almaraz). 1. Estado de necesidad. Interpretación de la ley. “[C]uando el Código Penal regula en el art. 34 inc. 3) al estado de necesidad, contempla como requisitos para que se configure el mismo: a) que el mal causado sea ‘menor’ que aquel que se quiso evitar; b) que el mal que se pretendió evitar sea ‘inminente’ y c) que el agente no sea ‘responsable’ del mal que después quiere neutralizar lesionando otro bien jurídico. El

estado de necesidad justificante requiere los siguientes elementos: a) El subjetivo, que radica en la finalidad de evitar un mal mayor; b) La ley refiere el concepto 'mal' en el evitado y en el causado, ambos tienen de común que se trata de concepto amplios comprensivos de todo tipo de lesión a intereses reconocidos por el Derecho, siendo 'el mal causado' típico, lo que no es exigencia del 'mal evitado'. La amplitud del concepto permite comprender la colisión de deberes pues éstos suponen un bien que él debe proteger. A su vez, el bien jurídico lesionado necesariamente debe ser ajeno, pero el salvado puede ser propio o ajeno, el mal evitado debe ser mayor y si se trata de bienes iguales se trata de una cuestión de apreciación circunstancial, según el grado de bienes y la naturaleza de los intereses jurídicamente protegidos; c) Inminencia: es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto que, además, así lo comprende; d) Inevitabilidad: del mal por otro medio, se deriva del requisito de que se trate de una situación de necesidad, aunque no lo requiera la ley expresamente. No se requiere que se haya evitado efectivamente el mal mayor, pero es requisito que el mal causado sea normalmente un medio adecuado para evitarlo, lo que debe valorarse en cada caso concreto; e) En relación al mal debe considerarse la jerarquía del bien jurídico, la intensidad de la afectación o peligro, el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se quiere evitar y la intensidad de la afectación considerando las circunstancias personales de los respectivos titulares. El estado de necesidad sólo juega como eximente cuando es invocado por quien se encuentra en una situación angustiosa, de peligro inmediato y de la cual no puede salir sino a costa de sacrificar un bien extraño".

2. Estado de necesidad. Violencia de género. Vulnerabilidad. "Se deben tener en cuenta [...] las condiciones y circunstancias de vida experimentadas por la imputada, única fuente de sustento económico de un grupo familiar, compuesto por ella y dos pequeños hijos con los que, por carecer de vivienda, reside desde que se separó del progenitor de aquellos en la casa de sus padres [...]. [R]esulta de toda relevancia que el abandono del hogar familiar se produjo [...] luego de haber sufrido durante alrededor de seis años situaciones de violencia y frente a un hecho concreto por parte de su pareja, que la obligó a acudir a la guardia del hospital [...]. Se suma a ello que la menor de los hijos [...] padece una malformación congénita en una de sus extremidades superiores, a raíz de la cual se le prescribió una cirugía reconstructiva urgente [...]. Este contexto [...] indica la existencia de un riesgo cierto, actual e inminente que no ofreció a la encausada otra alternativa que la comisión de un ilícito como medio para evitar un mal actual e inminente al que era ajena". "La actualidad del mal en cuestión no puede sino ser tal, si consideramos que [un] profesional de la salud certificó la necesidad de la intervención quirúrgica con urgencia. No resulta posible desconocer, además, que una discapacidad física tan severa como la que padece la niña, provoca inevitablemente un menoscabo o afectación a nivel psicológico tanto de ella como de su madre, dado que coloca a la menor en una evidente situación de desigualdad frente a cualquier niño de su edad en cuanto a las oportunidades de evolución, desarrollo y proyecto de vida. La realidad indica entonces que si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice". "[...] Realmente en la situación económica y familiar de la encartada, la falta de cobertura médica y los escasos ingresos que podía percibir realizando trabajos como bagayera o de limpieza, no le permitirían reunir una cifra tan elevada y para alguien en su situación, sin lugar a dudas, también se tornaría prácticamente imposible afrontar tan sólo el sólo costo de tener que trasladarse y alojarse junto a su hija en algún lugar alejado de la ciudad de Salvador Mazza para que recibiera tratamiento...". "[E]l origen del mal actual e inminente [...] resulta absolutamente ajeno a la imputada. Las desgracias personales que le han tocado vivir, así como el contexto socio económico signado por una grave crisis [...] ha hecho su impacto sobre la hija menor y su grupo familiar, al punto de colocarla en el estado de precariedad y apremio". "No tuvo otros medios menos lesivos a los cuales dar preeminencia antes de transportar la droga, y recurrió a dicha conducta para salvar otro bien o interés mayor amenazado, cual resulta la vida e integridad psicofísica de su hija".

3. Salud pública. Delitos de peligro abstracto. "De otro costado, no puede perderse de vista la particularidad que presenta el tipo de delito por el que viene acusada a juicio, de los denominados de peligro abstracto, y el bien jurídico tutelado por la norma. Ante la realidad de una madre con una nena de tan sólo dos años que sufre en carne propia las limitaciones de su hija a diario, como mal que intenta proteger, la salud pública se presenta como un valor que se desdibuja, que quizá ni siquiera

llegó a representarse como ocurriría con el daño concreto que se puede producir a otros bienes, tales como la propia persona o el patrimonio de un tercero. [La mujer] fue consciente de que su conducta era ilegal y asumió el riesgo de poner en peligro su propia libertad, pero tal vez ni siquiera se representó ni fue consciente de que con el transporte del alcaloide puso en riesgo la salud pública”. 4. Violencia de género. Protección Integral de la Mujer. “Teniendo en cuenta [lo prescripto por la ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres], se advierte que en el presente caso la imputada ha sido víctima de violencia de género por parte del padre de sus dos hijos [...], con quien convivió por algo más de seis años. Si bien es cierto que la convivencia con su pareja finalizó seis meses antes de la fecha del hecho, lo cierto es que se verificó una situación de riesgo de violencia moderada. Claramente [...] no fue obligada por su ex pareja a cometer el delito pero la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba inmersa es irrefutable. Al punto que [...] no sólo no recibe ayuda económica sino que además cede a darle parte del salario familiar que percibe por los niños para el pago de impuestos y otros servicios de la vivienda en la que ni ella ni sus hijos viven, [...] para evitar cualquier tipo de conflicto. Todo revela que la violencia de género efectivamente existió y que continuaba a la fecha del hecho pese a que la convivencia con el padre de los menores cesó...”. “[R]esulta imposible escindir el contexto de violencia física y psicológica de gravedad en el que vivió durante largos años la imputada, que persistía [...] al tiempo de los hechos. El caso debe ser analizado en el contexto de violencia de género dado en el ámbito doméstico, en el cual se observan las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las características propias del ciclo de violencia en la que se encontraba inmersa...”. 5. Estado de necesidad. Derecho a la salud. Interés superior del niño. Personas con discapacidad. “Amén de la condición de víctima de violencia de género [...], la patología que padece la menor tiene absoluta repercusión en la causa. Su accionar está justificado precisamente porque con aquel ella intentó darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente del delito como única alternativa posible. No puede perderse de vista sobre este punto que [la mujer] no fue en busca de la solución más pronta y fácil para paliar el mal que la acogía sino que el ofrecimiento de realizar el transporte del tóxico se le presentó circunstancialmente [...], con cuyos ingresos y los provenientes de sus changas como [bagayera], definitivamente se vería imposibilitada de costear los gastos necesarios para mejorar la salud de su hija en el corto y en el largo plazo. En relación a este aspecto, debe tenerse en consideración la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que debe asegurarse su desarrollo integral y que la menor se ve disminuida en su proyecto de vida, y por ello su madre se vio motivada a la comisión de ese hecho, y es la discapacidad de la niña y la necesidad de contar con el dinero para afrontar un tratamiento urgente [...], lo que acredita la actualidad e inminencia en sufrir un mal mayor...”. “Las razones apuntadas [...] permiten concluir que en el caso se presentó un estado de necesidad que justifica la conducta desarrollada por [la imputada] que encuadra sin esfuerzo en el art. 34 inc. 3º del Código Penal, excluyendo la antijuridicidad, y que impone su absolución...”.

CÁRCELES. DERECHO A LA EDUCACIÓN.

Link de la sentencia: [Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. “Sanz”. 17/7/2019.](#)

HÁBEAS CORPUS; EDUCACIÓN; REINSERCIÓN SOCIAL; TUTELA JUDICIAL EFECTIVA; CÁRCELES; EJECUCIÓN DE LA PENA; REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS DE LAS NACIONES UNIDAS; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN; JURISPRUDENCIA;

Hechos

Un grupo de personas detenidas en los Complejos Penitenciarios Federales I y II era trasladado al Centro Universitario de Devoto para cursar distintas carreras. Los traslados fueron interrumpidos y los estudiantes interpusieron una acción de hábeas corpus. Entonces, el juzgado ordenó su normalización y la causa fue archivada. Las irregularidades en los traslados se mantuvieron y Sanz –integrante del grupo de personas detenidas– presentó una nueva

acción de hábeas corpus. Entre sus argumentos, señaló que se había restringido de manera ilegítima el derecho a la educación. El juzgado de turno rechazó la acción y remitió testimonios al tribunal que había intervenido previamente. Contra esa resolución, se interpuso un recurso de apelación. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión. Por tal razón, se interpuso un recurso de casación in pauperis, que fue fundamentado por la defensa.

Decisión y argumentos

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la impugnación, revocó la decisión y remitió la causa al tribunal de origen a fin de que dictara una nueva resolución de manera urgente (jueces Hornos, Borinsky y Carbajo). 1. Cárceles. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. “[C]orresponde recordar que el ingreso a una prisión, en calidad de privado de la libertad no despoja al hombre de la protección de las leyes y de la Constitución Nacional. En este sentido, las personas privadas de su libertad no pierden la posibilidad de ejercer los demás derechos fundamentales que el encierro carcelario no restringe. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que los privados de la libertad son personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso (Fallos: 318:1894). Y señaló también que ‘...es el Estado el que se encuentra en la posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación de interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer, por cuenta propia, una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna...’ (cfr. ‘Verbitsky’, Fallos 328:1146)”. 2. Cárceles. Educación. Reinserción social. “Dicho principio, si bien destacado respecto de casos en donde se encontraban en cuestión gravísimas problemáticas de violencia en los reductos carcelarios, tiene plena aplicación en todas las áreas que hacen a aspectos sustanciales de la resocialización de los penados, como médula del tratamiento que el Estado es garante de dispensarles en relación a aspectos básicos que hacen al desarrollo de la persona, y al aseguramiento de las condiciones mínimas relativas a su dignidad. Cuestiones que no sólo, y tal como también expresamente lo asegura en sus sustanciales reglas la ley de ejecución – complementaria del Código Penal–, abarcan las más elementales relativas a la alimentación, higiene, vestimenta, seguridad y salubridad, sino también lo relativo al derecho a estudiar, que constituye un aspecto sustancial del desarrollo digno del ser humano y también de la ‘resocialización’ más elemental que debe procurar asegurar el Estado respecto de las personas sometidas a pena privativas de la libertad”. 3. Hábeas corpus. Tutela judicial efectiva. Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas. “[N]o caben dudas acerca de que la acción intentada resulta la vía idónea para perseguir la corrección de situaciones que, al restringir el derecho a la educación garantizado por ley a los internos, afectan de modo relevante las condiciones del encierro. [E]s tarea de los jueces velar por que la privación de libertad se cumpla en forma acorde a los estándares mínimos fijados en la normativa aplicable y, en esa tarea, ordenar, en su caso, el cese de los actos u omisiones de la autoridad pública que impliquen un agravamiento ilegítimo de la forma y condición de la detención. [D]ada la naturaleza de la cuestión debatida correspondía el tratamiento de la cuestión con el trámite del hábeas corpus. Lo antes dicho analizado a la luz de lo expuesto en relación a la necesidad de asegurar el derecho a la educación, revela la ausencia de debido control jurisdiccional, que, en el caso, conlleva la conculcación de tutela judicial efectiva. De esta forma, las condiciones denunciadas en el recurso de casación también transgreden las reglas nº 5, 23, 102, 104, 105, de las ‘Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos’ [...]. [S]urge que de las conclusiones alcanzadas en el fallo recurrido, que en este último no se atendió adecuadamente a los concretos planteos de los accionantes por lo que, la resolución del tribunal a quo constituyó un menoscabo al control judicial amplio y eficiente, el que resulta ineludible a la luz de la ley vigente”.



ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS

Jurisprudência 2

Representação por Inconstitucionalidade nº 0026457-45.2015.8.19.0000

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
RELATOR

PROC. N.º : 0026457-45.2015.8.19.0000 - ÓRGÃO ESPECIAL

REPTE : FLÁVIO NANTES BOLSONARO

REPDO : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEGISL. : LEI ESTADUAL N.º 7.011/2015

RELATOR : DES. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO

ACÓRDÃO

E M E N T A: *Representação de Inconstitucionalidade. Lei Estadual n.º 7.011 de 25 de maio de 2015. Alegação de violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; 145, inc. VI e parágrafo único e, 148 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.*

I - Preliminar de inépcia da inicial com relação à ausência de impugnação, de forma individualizada e fundamentada, dos artigos da Lei em questão. Rejeição. Representante que expressamente indicou os dispositivos da Carta Estadual violados pela legislação.

II - Competência deste Colendo Sodalício para o julgamento da presente Representação, haja vista a causa de pedir se fundamentar em contrariedade às normas da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que a referência à Lei Maior assinala o regime de repartição das competências legislativas de cada um dos entes políticos.

III - Edição, no âmbito federal, da Lei n.º 13.271 de 15/04/2016, a qual dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. Veto Presidencial especificamente com relação ao artigo 3º, versando exatamente sobre os estabelecimentos prisionais. Regra prevista no artigo 24, §§ 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988.

IV - Caráter geral da norma federal aventada. Tutela ao afastamento da revista íntima. Princípio que deve ser observado pelos Estados-Membros. Lei Federal, no entanto, não possuindo o condão de suspender a eficácia da legislação ora Vergastada. Manutenção do interesse na análise quanto sua constitucionalidade.

V - Sistema de privação de liberdade brasileiro. Crescimento da sua população. Aspectos e impactos no aparelho estatal. Funcionamento do próprio sistema. Família que tem papel insubstituível para o processo de reinserção social da pessoa presa, mais ainda do menor infrator.

VI - Direito de visitação. Elemento a figurar como suporte para as agruras do cárcere. Estímulo à recuperação. Integridade física e psicológica dos internos, bem como das pessoas que precisam adentrar nas unidades. Prevenção da infração às regras intramuros que reflete diretamente na proteção da sociedade.

VII - Matéria de relevância ímpar, ensejando intensa discussão legislativa, precipuamente no âmbito federal, valendo destacar que desde 2014 tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 7.764, objetivando regulamentar a revista pessoal.

VIII - Metodologia de "revista íntima" implementada anteriormente à legislação ora Vergastada que se afigura como procedimento desumano e, por vezes ineficaz, que acaba por não preservar a segurança dos estabelecimentos prisionais e, ao contrário, promove a vitimização, em sua maioria, de mulheres e crianças, por meio de práticas vexatórias de averiguação pessoal.

IX - Em que pese todos os avanços tecnológicos e, ainda, apesar da proteção insculpida na Lei Maior atinentes ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), à Inviolabilidade da Intimidade (art. 5º, X), ao Princípio de que a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV) e ao direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), no sistema penitenciário brasileiro, o desrespeito aos visitantes persistia, principalmente com relação aos parentes e familiares.

X - Ressocialização do interno. Exegese do artigo 41, inciso X da Lei de Execuções Penais. Os direitos e garantias individuais não são os responsáveis pelo aumento dos conflitos sociais e da violência. Ensinamentos doutrinários acerca das matérias em debate conforme transcritos na fundamentação.



XI - A existência da “revista íntima”, através dos meios e modos como utilizados hodiernamente é reflexo de um sistema que na maioria das suas vertentes tem em suas atitudes refletida a busca do fim pelo fim, subtraindo-se da análise o meio, ou seja, o próprio instrumento implementado. A realização dessa modalidade de averiguação física pessoal atua como verdadeiro instrumento de intimidação estatal. Ineficácia demonstrada estatisticamente.

XII - Manifesta ilegalidade dos procedimentos vexatórios de revistas. Limitação da pena à pessoa do condenado. Atividade estatal que deve estar pautada em ações humanitária e, não, em condutas autoritárias como a metodologia da tradicional “revista íntima”, eis que os valores violados pela perpetuação dessa prática se revelam mais onerosos à Sociedade.

XIII - Precedentes se pronunciando a respeito do abuso de direito e violação à dignidade da pessoa humana do procedimento de revista íntima, legitimando, por conseguinte, a declaração de constitucionalidade que ora se procede.

XIV - Improcedência da representação para declarar a constitucionalidade da Lei Estadual n.º 7.011 de 25 de maio de 2015.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 0026457-45.2015.8.19.0000, em que é Representante **FLÁVIO NANTES BOLSONARO** e como Representado **EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

A C O R D A M os Desembargadores que integram o Órgão Especial do **EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, à unanimidade de votos, em **JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO**, declarando a constitucionalidade da Lei Estadual n.º 7.011 de 25 de maio de 2015.

DECIDEM, assim, pelo seguinte.



FLÁVIO NANTES BOLSONARO, na qualidade de Deputado Estadual, apresenta Representação por Inconstitucionalidade impugnando a Lei Estadual nº 7.011 de 25 de maio de 2015, a qual “Dispõe sobre o Sistema de Revista de Visitantes nos estabelecimentos de Atendimento ao Cumprimento de Medidas Sócio-Educativas privativas de liberdade do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências”, sob alegação de violação dos preceitos inscritos nos artigos 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; 145, incs. VI e parágrafo único e, 148 da Constituição Estadual, consentânea com os princípios emanados da vigente Constituição Federal, desrespeitando o Princípio da Separação e Independência entre os Poderes, com pedido de concessão de medida liminar, eis que evidente o vício de iniciativa, bem como material, usurpando atribuição privativa, além de colocar em risco a segurança.

R. Despacho da Relatoria Originária do Eminentíssimo Desembargador Antonio Eduardo Ferreira Duarte, a fl. 24, solicitando as informações necessárias à Autoridade responsável pela edição do Ato Normativo impugnado, postergando a apreciação da medida liminar.

Informações do Excelentíssimo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, as fls. 29/66, suscitando a existência de prevenção à Representação por Inconstitucionalidade n.º 0026431-47.2015.8.19.0000, bem como arguindo preliminares de inépcia da inicial pela ausência de indicação do exato parâmetro de confronto, além da impossibilidade jurídica do pedido, haja vista a ausência de atribuição deste Colendo Sodalício para examinar a constitucionalidade das normas estaduais à luz da Carta Magna e, no mérito, alegando, em resumo:

1) que o objetivo da norma inquinada de inconstitucional é disciplinar o procedimento de revista nos estabelecimentos de privação de liberdade fluminenses, prevendo, de forma razoável em prol da segurança, limitações aos direitos de quem lá adentre, garantindo-se, porém, proteção contra excessos impostos aos visitantes, de modo a evitar que procedimentos violentos e degradantes continuem a ocorrer no âmbito dessas instituições, dando efetividade a relevantes Princípios presentes tanto na Constituição Estadual como na Federal, adaptando a realidade desses estabelecimentos do Estado ao que já ocorre em outros entes da federação;

2) que resta evidente a plena compatibilidade da Lei em tela com o princípio da razoabilidade, atendendo aos postulados da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, coibindo os excessos que vinham se consumando nos estabelecimentos de privação de liberdade deste Estado, assim como para legitimar, quando necessário, revistas manuais a serem procedidas em visitantes ou mesmo nos internos, porém através de meios menos gravosos para atingir os mencionados fins;



3) que inexistente vício formal, pois não versa sobre matéria reservada do Governador para legislar sobre direito penitenciário, especial quando se trata de restringir direitos fundamentais, além de não subsistir a iniciativa reservada para a fixação das atribuições na Administração Pública Estadual;

4) que não se vislumbra qualquer violação aos Princípios da Segurança pública, do Direito à Vida e à Integridade Física, mesmo considerando uma ponderação de valores, consoante expresso na exordial, devendo prevalecer a dignidade da pessoa humana;

5) que, por derradeiro, não se pode justificar medidas extremas se existem outras mais brandas para atingir idêntica finalidade, ainda que sejam dirigidas a pessoas representativas de perigo para a sociedade e, por conseguinte, encontram-se presas, pugnando, assim, pela improcedência do pedido.

Manifestação da Douta Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, as fls. 99/126, pugnando pela sua admissão na qualidade de *amicus curiae*, ressaltando a relevância da matéria, bem como a representatividade adequada, a justificar sua participação no feito, suscitando, em síntese, preliminar de inépcia da vestibular, bem como de ausência de interesse de agir e, no mérito, defendendo a constitucionalidade formal e material da legislação, objeto da presente Representação, enfatizando, por fim, a injuridicidade ampla da revista vexatória em diversas esferas normativas (inconstitucionalidade, inconveniência e ilegalidade).

Informações do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, as fls. 212/225, sustentando, em suma:

a) que o Diploma Normativo ora Impugnado possui evidente vício de iniciativa, importando em manifesta inconstitucionalidade formal, haja vista ter sua origem decorrente dos Eminentíssimos Deputados Estaduais, violando a competência privativa do Governador do Estado, nos termos do artigo 112, § 1º, inciso II, alínea "d" da Carta Estadual, ao dispor sobre estruturação e atribuições das Secretarias de Estado;

b) que, além disso, gera aumento de despesas, encontrando óbice no preceituado no artigo 113 da Constituição do Estado, pois a matéria veiculada se insere nas competências privativas do Governador;

c) que, no mais, ao dispor o artigo 5º da legislação ora Vergastada incorreu em excesso de competência, ao disciplinar limitações ao sistema de revista dos visitantes de estabelecimentos prisionais e de medidas socioeducativas, pois o artigo 98 da Carta Estadual não conferiu a prerrogativa de legislar sobre normas gerais em matéria de proteção à infância e juventude;



d) que, também, há manifesto vício material na Lei n.º 7.011/2015, ante a violação do Princípio da Separação dos Poderes, inserto nos artigos 7º e 145 da Constituição do Estado, haja vista criar novas responsabilidades aos órgãos estaduais, interferindo nas atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Executivo, notadamente o DEGASE;

Pronunciamento da I. Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, a fl. 226, aderindo integralmente aos argumentos expendidos pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, nas suas informações, para concluir no sentido da procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade o Ato Normativo.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, as fls. 228/235, 239/242, 246/249, 371/373 e 526/29, opinando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela procedência da presente representação, eis que há manifesta violação à iniciativa privativa do Chefe do Executivo, em matéria sujeita à reserva da Administração e, por conseguinte, afronta ao Princípio da Separação dos Poderes.

Manifestação da AMAR – Associação de Mães e Amigos da Criança e do Adolescente em Risco, as fls. 290/300, pugnando pela sua admissão na qualidade de *amicus curiae*, ressaltando sua legitimidade para figurar na presente lide e, no mérito, defendendo a constitucionalidade formal e material da legislação, objeto da presente Representação.

Pronunciamento da Organização de Direitos Humanos – Projeto Legal, as fls. 348/354, postulando, também, pela sua admissão na qualidade de *amicus curiae*, enfatizando sua legitimidade para figurar na presente lide.

R. Provimento Jurisdicional, a fl. 380, deferindo os pedidos de ingresso na condição de *amicus curiae*, porém rejeitando o requerimento de produção de prova documental, consubstanciado na expedição de ofício ao DEGASE, seguindo-se a interposição de Agravo Regimental, as fls. 497/504, ao qual foi negado provimento nos termos do V. Acórdão de fls. 509/510.

Petição da Organização de Direitos Humanos – Projeto Legal, as fls. 480/496, arguindo, em síntese, preliminar de inadmissibilidade da ação, destacando a incompetência deste E. Tribunal de Justiça para apreciar a controvérsia, a inépcia da vestibular e, no mérito, defendendo a constitucionalidade formal e material da legislação, objeto da presente Representação, enfatizando, por fim, a injuridicidade ampla da revista vexatória em diversas esferas normativas (inconstitucionalidade, inconvencionalidade e ilegalidade).



R. Julgado Monocrático, as fls. 531/540, reconhecendo se tratar de Diplomas Normativos (Leis n.º 7.010/2015 e 7.011/2015) possuindo idêntica redação, modificando apenas a tipologia da unidade de privação de liberdade (presídios e estabelecimentos para cumprimento de medidas socioeducativas) e, por conseguinte, admitindo a possibilidade de decisões conflitantes, concluindo pela necessidade de reunião das demandas.

R. Decisão desta Relatoria as fls. 545/546, determinando a reunião deste feito às Representações por Inconstitucionalidade n.º 0026431-47.2015.8.19.0000 e 0036136-69.2015.8.19.0000, para análise conjunta.

R. Provimento Jurisdicional, a fl. 575, oportunizando a manifestação dos interessados, mormente sobre a edição da Lei Federal n.º 13.271/16, frente ao disposto no artigo 24, inciso I, §§ 1º e 4º da Constituição Federal de 1988, seguindo-se as petições de fls. 578/580, 581/582, 583/587 e 591/593.



É o **RELATÓRIO.**

FUNDAMENTA-SE E

DECIDE-SE

Cuida-se de Representação de Inconstitucionalidade impugnando a Lei Estadual n.º 7.011 de 25 de maio de 2015, a qual “Dispõe sobre o Sistema de Revista de Visitantes nos estabelecimentos de Atendimento ao Cumprimento de Medidas Sócio-Educativas privativas de liberdade do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências”.

Alega, o Representante, violação dos preceitos inscritos nos arts. 7º; 112, § 1º, inc. II, alínea “d”; 145, inc. VI e parágrafo único e 148 todos da CERJ, além do desrespeito aos Princípios da Separação e Independência entre os Poderes, bem como da Soberania, da Segurança Pública e seus consectários legais, pugnando, ao final, pela concessão de medida liminar, ante a inconstitucionalidade flagrante do Diploma Normativo ora Vergastado, eis que evidente o vício de iniciativa, bem como material, usurpando atribuição privativa do Excelentíssimo Chefe do Poder Executivo, além de colocar em risco a segurança da coletividade.

Ab initio, forçoso analisar a preliminar de inépcia da inicial com relação à ausência de impugnação, de forma individualizada e fundamentada, dos artigos da Lei em questão, não havendo qualquer menção quanto aos motivos da suposta inconstitucionalidade de cada artigo.

De fato, ao contrário do suscitado, o Representante expressamente indicou os dispositivos da Constituição Estadual violados pela Legislação Estadual, conforme se verifica do item 5.1 de fls. 16/17, razão pela qual, deve ser rechaçada a alegação de inépcia da peça vestibular.

No mais, relevante ressaltar a competência deste Colendo Sodalício para o julgamento da presente Representação, haja vista a causa de pedir se fundamentar em contrariedade às normas da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que a referência à Lei Maior assinala o regime de repartição das competências legislativas de cada um dos entes políticos.

Desta feita, ultrapassada a questão inicial, cumpre transcrever o teor do Ato Normativo Estadual Vergastado na exordial, que possui o seguinte teor *in litteris*:

2015. "LEI Nº 7011, DE 25 DE MAIO DE

DISPÕE SOBRE O SISTEMA DE REVISTA DE VISITANTES NOS ESTABELECIMENTOS DE ATENDIMENTO AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECRETA:

Art. 1º - A revista de visitantes, necessária à segurança interna das unidades do Departamento Geral de Ações Sócio-Educativas (DEGASE) do Estado, será realizada com respeito à dignidade humana e segundo o disposto nesta Lei.

Parágrafo único - Considera-se visitante todo aquele que ingressa em unidade do DEGASE para manter contato direto ou indireto com adolescente interno ou para prestar serviço de administração ou de manutenção, na condição de funcionário terceirizado.

Art. 2º - Todo visitante que ingressar em unidade do DEGASE será submetido à revista mecânica, para a qual é proibido o procedimento de revista manual.



§1º O procedimento de revista mecânica é padrão e deve ser executado através da utilização de equipamentos necessários e capazes de garantir a segurança de unidade do DEGASE, tais como detectores de metais, aparelhos de raio-x, entre outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do revistado.

§2º O disposto no caput deste artigo não se aplica a Chefe de Poder, Ministro, Secretário de Estado, magistrado, parlamentar, membro da Defensoria Pública e do Ministério Público, Delegado de Polícia, advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), representantes do Conselho Regional de Serviço Social (CRESS), representantes do Conselho Regional de Psicologia (CRP), membros dos Conselhos Municipais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, membros do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, membros dos Conselhos Tutelares e representantes do Sindicato dos Servidores do Departamento Geral de Ações Sócio-Educativas (Sind-DEGASE), quando estiverem no exercício de suas funções.

§3º Ficam dispensados da revista mecânica as gestantes e os portadores de marca passo.

Art. 3º - Fica proibida, no âmbito das unidades do DEGASE do Estado do Rio de Janeiro, a revista íntima.

Parágrafo único - Considera-se revista íntima toda e qualquer inspeção corporal que obrigue o visitante a despir-se parcial ou totalmente, efetuada visual ou manualmente, inclusive com auxílio de instrumentos.

Art. 4º - Admitir-se-á, excepcionalmente, a realização de revista manual em caso de fundada suspeita de que o visitante traga consigo objetos, produtos ou substâncias cuja entrada seja proibida por lei e/ou exponha a risco a segurança da unidade do DEGASE.

§1º Para efeito desta Lei, a revista manual é equivalente ao procedimento de busca pessoal, nos termos do Código de Processo Penal.

§2º A fundada suspeita deverá ter caráter objetivo, diante do fato identificado e de reconhecida procedência, registrado pela administração em livro próprio da unidade do DEGASE e assinado pelo revistado e duas testemunhas.

O registro deverá conter a identificação do funcionário e a descrição detalhada do fato.

§3º Previamente à realização da busca pessoal, o responsável pelo estabelecimento fornecerá, ao visitante, declaração escrita sobre os motivos e fatos objetivos que justifiquem o procedimento, dando-lhe a opção de recusa a se submeter ao procedimento, no caso de desistência da visita.

§4º A busca pessoal será efetuada de forma a garantir a privacidade do visitante, em local reservado, por agente socioeducativo do mesmo sexo, obrigatoriamente acompanhado de duas testemunhas.

§5º Da busca pessoal estão dispensadas as autoridades mencionadas no parágrafo 2º, do artigo 2º desta Lei, quando estiverem no exercício de suas funções, bem como crianças e adolescentes.

Art. 5º - Após a visita, o adolescente interno poderá ser submetido, excepcionalmente, à busca pessoal.

§1º Em hipótese nenhuma será admitida a revista íntima no adolescente interno.

§2º A busca pessoal no adolescente interno será realizada conforme o disposto no artigo 4º desta Lei.

Art. 6º - O Poder Executivo adotará as providências cabíveis e necessárias para a publicidade do disposto nesta Lei, divulgando-a para os adolescentes internos e afixando cópias na entrada das unidades do DEGASE.

Art. 7º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em 25 de maio de 2015.

DEPUTADO JORGE PICCIANI

Presidente"

Neste diapasão, sustenta o Representante, em suma, a existência de vício de iniciativa no Diploma Legal, violando a regra estrita de competência, usurpando atribuição privativa do Excelentíssimo Chefe do Poder Executivo, haja vista versar sobre atribuições de órgãos da Administração Pública Estadual, imiscuindo na organização e direção dos serviços públicos, bem como cria obrigações a órgãos vinculados a Administração Direta, para aferição e fiscalização, afigurando como evidente invasão à autonomia.



Noutro giro, alega a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro que o ato normativo impugnado tem o veemente e inequívoco propósito de dar efetividade a relevantes princípios presentes tanto na Constituição Estadual como na Lei Maior, concretizando a preocupação do legislador em preservar a dignidade da pessoa humana, adotando medidas que inibam a prática de atos que importem em situações degradantes, arbitrárias e humilhantes, em plena conformidade com os artigos 1º, inciso III; 3º, IV; 4º, II; 5º, II, X, XLV, XLIX; 23; 24; dentre outros da CRFB/88, bem como da Carta Estadual.

Impende elucidar que, no âmbito federal foi editada a Lei n.º 13.271 de 15 de abril de 2016, a qual dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais, sendo certo, porém, que sobreveio o veto pela Presidência da República do seu artigo 3º, versando especificamente sobre os estabelecimentos prisionais.

Nesta toada, a rejeição da proposição restou fundamentada na possibilidade da interpretação no sentido de ser permitida a revista íntima nos presídios, a ser realizada unicamente por servidores femininos, tanto em pessoas do sexo masculino quanto do feminino.

Assim, vale destacar a regra prevista no artigo 24, §§ 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988, sobre competência concorrente para legislar, especificamente sobre direito penitenciário, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.



Desta forma, resta evidente o caráter geral da norma federal aventada, a qual axiologicamente tutela a regra do afastamento da revista íntima, devendo o princípio ser observado pelos Estados-Membros, no entanto, não possui o condão de suspender a eficácia da legislação ora Vergastada e, por conseguinte, persiste o interesse na análise da sua constitucionalidade.

Nesta linha de raciocínio, uma vez superadas as questões preliminares e procedimentais inerentes a presente propositura, passa-se a análise do mérito, propriamente dito, afigurando-se imprescindível, porém, algumas considerações históricas, sociológicas e políticas acerca do tema em debate.

De fato, o crescimento da população carcerária do país, seja prisional ou de menores sob o regime de medidas socioeducativas, importa num desdobramento social que circundam o sistema brasileiro de “privação de liberdade” *lato sensu*.

Um dos primeiros aspectos e impacto direto no aparelho estatal é o aumento do número de visitantes, servidores e profissionais que passam a percorrer os estabelecimentos destinados a permanência dessa população infratora/prisional, no entanto, fundamentais para o funcionamento do próprio sistema.

Estreme de dúvida que a família, em especial, tem papel insubstituível para o processo de reinserção social da pessoa presa, mais ainda do menor infrator, sendo os dias de visitação por familiares o sustentáculo para muitos indivíduos suportarem as agruras do cárcere e se empenhem, assim, na busca de um novo começo de vida e estímulo para sua recuperação.

Noutro giro, não se pode descuidar da segurança dos profissionais e do próprio estabelecimento de reclusão, que deve ser promovida pelo Poder Executivo tanto na perspectiva do próprio sistema em si, tutelando a integridade física e psicológica de todos os internos e pessoas que precisem adentrar nas unidades, bem como na prevenção da infração das regras *intramuros* que reflete diretamente na proteção da sociedade.

Por conta da relevância da matéria em debate, verifica-se intensa discussão, precipuamente no âmbito federal na regulamentação do tema, valendo destacar que desde 2014 tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 7.764, objetivando regulamentar a revista pessoal à qual devem se submeter todos que objetivem ter acesso ao estabelecimento penal para manter contato direto ou indireto com pessoa presa ou, ainda, para prestar serviços, mesmo que exerçam qualquer cargo ou função pública.



Neste diapasão, observa-se a preocupação do legislador em todas as esferas com os procedimentos desumanos e, por vezes ineficazes, que acabam por não preservar a segurança dos estabelecimentos prisionais e, ao contrário, promovem a vitimização, em sua maioria, de mulheres e crianças, por meio de práticas vexatórias de revista pessoal.

Todavia, em que pese todos os avanços tecnológicos e, ainda, apesar da proteção insculpida na Lei Maior atinentes ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), à Inviolabilidade da Intimidade (art. 5º, X), ao Princípio de que a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV) e ao direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), no sistema penitenciário brasileiro, o desrespeito aos visitantes tem persistido, principalmente com relação aos parentes e familiares.

Neste contexto, impende elucidar que, o procedimento denominado simplesmente como “revista íntima” realizada em visitantes, nos estabelecimentos de privação de liberdade, consiste na utilização de meios manuais e visuais, objetivando detectar se o indivíduo possui algo dentro de si, tendo como fim impedir a entrada de objetos não permitidos, tais como armas, drogas, explosivos, aparelhos de telefonia e o mais conexo, pois o seu ingresso coloca em risco a segurança dos presos e dos agentes públicos e funcionários incumbidos de garantir a incolumidade das unidades.

Assim, a partir da visualização, por agentes penitenciários ou do DEGASE, do corpo nu do visitante, englobando a análise do orifício anal e canal vaginal feminino, o que se realiza mediante técnica como o agachamento e outros exercícios repetitivos, como a tosse forçada, a utilização de espelhos, a abertura (feita com as mãos do próprio visitante, dos canais, tudo em frente a um ou mais funcionários), o indivíduo é sujeito à “revista íntima”.

Não obstante, indubitavelmente que esse *modus operandi* viola direitos e princípios legitimados na Lei Maior, decorrente de um excesso de conduta por parte do Estado, justamente o responsável por promover a plena efetivação desses direitos, em uma prática arbitrária e discricionária, pois existem outros meios de preservar a segurança dentro dos presídios e de unidades para oferecimento de medidas socioeducativas que não violem a dignidade das pessoas, pois além de degradante, é inconstitucional.

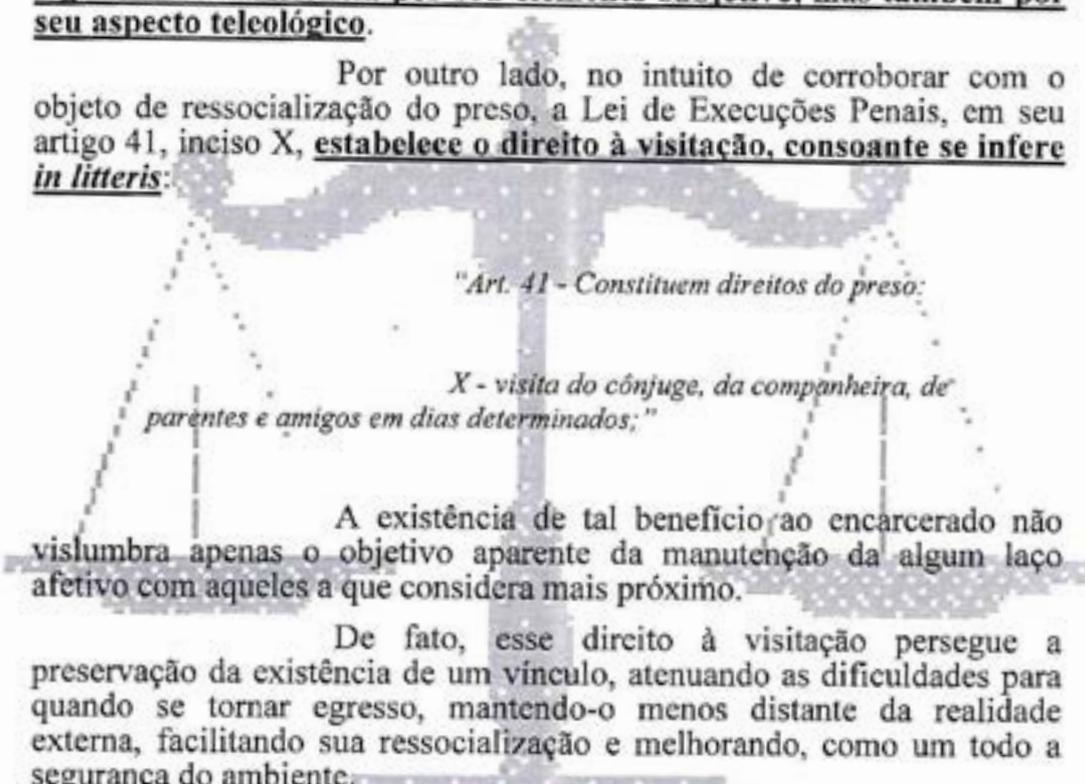
Trata-se, em verdade, de uma violência institucional, ou seja, aquela praticada pelos órgãos e agentes públicos, através de atos comissivos ou omissivos, afigurando-se um abuso da relação desigual entre os usuários e funcionários públicos dentro das instituições pertencentes ao Estado.



Dessa feita, essa patologia social decorre por meios de como os serviços públicos são realizados, negados e o desrespeito com os direitos da população através de normas de funcionamento e burocráticas, reproduzindo assim práticas sociais injustas, corroborando com a perpetuação histórica de preconceitos, como a malsinada revista íntima nos estabelecimentos de privação da liberdade.

Essa violência é o resultado de um domínio jurídico único do uso da força nas mãos do Estado, aliado à inobservância das garantias dos direitos fundamentais mínimos, legitimando a violência por seu elemento subjetivo, mas também por seu aspecto teleológico.

Por outro lado, no intuito de corroborar com o objeto de ressocialização do preso, a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 41, inciso X, **estabelece o direito à visitação, consoante se infere *in litteris*:**



"Art. 41 - Constituem direitos do preso:

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;"

A existência de tal benefício ao encarcerado não vislumbra apenas o objetivo aparente da manutenção de algum laço afetivo com aqueles a que considera mais próximo.

De fato, esse direito à visitação persegue a preservação da existência de um vínculo, atenuando as dificuldades para quando se tornar egresso, mantendo-o menos distante da realidade externa, facilitando sua ressocialização e melhorando, como um todo a segurança do ambiente.

Ocorre que se afigura mais frequente o atentado aos direitos humanos em prol da Segurança Pública, sob a falsa justificativa de manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e patrimônio, valendo-se o Estado de determinados instrumentos, como resposta imediata a violência estrutural que predomina atualmente.

Assim, vislumbra-se uma forte tendência, alimentada pelo discurso "da lei e da ordem", sob o pretexto da relatividade dos direitos e garantias fundamentais, restringindo essas prerrogativas, considerados como supostos empecilhos para o efetivo combate da criminalidade, em favor da preservação da segurança da coletividade.

É imperioso notabilizar, contudo, que direitos e garantias individuais não são os responsáveis pelo aumento dos conflitos sociais e da violência.

A revista íntima é lastreada, por ser ineficiente, em uma falsa percepção de garantia ao Princípio da Segurança, o que, porém, não legitima rechaçar um sistema de controle, necessário a própria existência do sistema, mas que de modo algum deve violar os Princípios Constitucionais, prestigiando a utilização de outros meios para garantir as regras impostas, diverso da “revista íntima”.

Neste particular, avulta enfatizar que em função das práticas abusivas perpetradas quando da realização de “revistas íntimas”, a Rede Justiça Criminal, uma organização de entidades não-governamentais, que promove ações de advocacia, instituiu uma campanha pelo fim da inspeção vexatória, inclusive divulgando em seu sítio eletrônico relatos de vítimas desse constrangimento, culminando com a edição de um trabalho:

(<https://www.redejusticacriminal.wordpress.com/2014/05/02/faq-campanha-pelo-fim-da-revista-vexatoria/>), onde aponta 15 (quinze) razões para o fim desse procedimento a saber, in verbis:

“1. A revista vexatória é o procedimento que desrespeita a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF) porque obriga absolutamente todas as visitas de detentos a ficarem completamente nus e terem seus órgãos genitais inspecionados.

2. Em afronta ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF) as visitantes devem se agachar, abrir as genitálias com as mãos e fazer força como se estivessem dando à luz, enquanto agentes penitenciários examinam seus corpos.

3. Essa humilhação, pela qual passam, até mesmo, mulheres grávidas, idosas, adolescentes, pessoas com deficiência e crianças, é uma forma de tratamento desumano e degradante, o qual é proibido pela Constituição Federal (art. 5º, III).

4. Obrigar alguém a se desnudar em público pela simples razão de possuir vínculo de afetividade ou parentesco com uma pessoa presa viola o princípio de que a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CF).

5. Fazer com que crianças e adolescentes passem nus por detectores de metais e sejam inspecionadas por agentes penitenciários ofende a integridade pessoal (art. 17, ECA) e viola o dever de proteger crianças e adolescentes contra tratamento vexatórios ou constrangedores (art. 18, ECA).



6. *Condicionar a visita do preso à exibição em público dos genitais de seu familiar é incompatível com o direito à visita que todo preso possui (art. 41, X, LEP). No caso de crianças e adolescentes cujos pais estão detidos, a revista vexatória afronta também o direito à convivência familiar (art. 227, CF e art. 4º, ECA).*

7. *Mesmo inspecionado de modo vexatório e rígido genitálias, roupas e pertences dos visitantes, armas, drogas e celulares são encontrados nas unidades prisionais. A revista vexatória não é, portanto, adequada nem proporcional para garantir a segurança nas prisões.*

8. *Nem mesmo o preso pode ser submetido a revistas íntimas que, sistematicamente, ofendam a sua dignidade. Foi o que determinaram Europeia de Direitos humanos (Caso Lorse vs. Holanda, 2003) e a ONU (Regras de Bangkok, 2010).*

9. *Para a OEA, as revistas de presos e visitantes devem ser compatibilizadas com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais e, para isso, inspeções anais e vaginais devem ser proibidas por lei (Princípio XXI, Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, 2008).*

10. *Obrigar a filha adolescente e a esposa de um preso a se despirem completamente e terem a genitália inspecionada foi considerada uma violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Caso X e Y vs. Argentina, 1996).*

11. *Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que pode responsabilizar internacionalmente o Brasil, revistar a genitália feminina é uma forma de violência contra a mulher e, por seus efeitos, constitui tortura (Caso Penal Castro-Castro vs. Peru, 2006).*

12. *Depois de visita ao Brasil, em 2000, o Relator Especial da ONU contra a Tortura indicou que se adotassem medidas para assegurar que a revista dos visitantes respeitasse sua dignidade.*

13. *O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) determina que a honra e a dignidade dos visitantes revistados devem ser respeitadas (Res. 9/2006, art. 3º).*



14. Minas Gerais (Lei Estadual 12.492/1997), Rio Grande do Sul (Portaria 12/2008 da Superintendência dos Serviços Penitenciários) e Paraíba (Lei Estadual 6.081/2010) já criaram diversas restrições à revista vexatória. São Paulo (Lei Estadual 15.552/2014), Rio de Janeiro (Leis Estaduais 7.010/2015 e 7.011/2015), Espírito Santo (Portaria 1578-S de 2012 da Secretaria de Justiça) e Goiás (Portaria 435/2012, da agência Goiana do Sistema de Execução Penal) proibiram absolutamente a revista com desnudamento.

15. A Comissão Mista Instituída no âmbito do CNPCP para Analisar e Apresentar Proposta quanto à Revista nos Estabelecimentos Penais do Brasil recomendou que seja feita uma lei federal que proíba nacionalmente a revista vexatória."

A existência da "revista íntima", através dos meios e modos como utilizados hodiernamente, é reflexo de um sistema que na maioria das suas vertentes tem em suas atitudes refletida a busca do fim pelo fim, subtraindo-se da análise o meio, ou seja, o próprio instrumento implementado.

Neste sentido, impende trazer à análise os ensinamentos do Eminentíssimo Filósofo Michel Foucault, em sua obra "A Verdade e as Formas Jurídicas" (tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes), Rio de Janeiro, Editora Nau, 2001, páginas 149 e 119, respectivamente, *in litteris*:

"(...) na officina, na escola, no exército funciona como repressora toda uma micropenalidade do tempo (atrasos, ausências, interrupções das tarefas), da atividade (desatenção, negligência, falta de zelo), da maneira de ser (grosseria, desobediência), dos discursos (tagarelice, insolência), do corpo (atitudes 'incorretas', gestos não conformes, sujeira), da sexualidade (imodéstia, indecência). Ao mesmo tempo é utilizada, a título de punição, toda uma série de processos sutis, que vão do castigo físico leve a privações ligeiras e pequenas humilhações. Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e dar uma função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar: levando ao extremo, que tudo possa servir para punir a mínima coisa; que cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora."

"A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos 'dóceis'. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)."



Nesta linha doutrinária, a realidade fabricada pela ocorrência da violência institucional na “revista íntima” gera um sujeito obediente, que é sustentado por um poder pouco notado e difícil de ser denunciado, devido à sempre aliada falta de conhecimento, alimentada em um processo contínuo de normatização, que ocorre nas diversas instituições, produzindo instrumentos disciplinares, falsamente benevolentes e eficientes, em busca de verdade pré-fabricada. Vale colacionar, mais uma vez, a doutrina do Eminent Professor Michel Foucault, na referida obra, à página 155, *in verbis*:

“A sanção é normalizadora porque faz funcionar a disciplina através do estabelecimento da norma, da medição que permite avaliar e julgar, normalizando por meio da comparação, da diferenciação, da hierarquização, da homogeneização e da exclusão. A partir do século XVIII, o normal se estabelece como princípio de coerção no ensino com a instauração de uma educação padronizada e a criação das escolas normais. A sanção normalizadora é combinada com as técnicas da vigilância hierarquizada através do exame. O exame é um controle, normalizador, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir. Como elemento dos dispositivos de disciplina, o exame é altamente ritualizado. Ele supõe um mecanismo que relaciona a formação de saber a uma certa forma de exercício de poder. A escola é uma espécie de aparelho de exame ininterrupto que acompanha em todo o seu comprimento a operação do ensino. O exame permite que o mestre, ao mesmo tempo em que transmite seu saber, forme um campo de conhecimentos sobre seus alunos: ‘o exame é na escola uma verdadeira e constante troca de saberes: garante a passagem dos conhecimentos do mestre ao aluno, mas retira do aluno um saber destinado e reservado ao mestre. A escola torna-se o local de elaboração da pedagogia’.”

Desta maneira, o instituto da “revista íntima” acaba por ser recepcionado sem dificuldades na sociedade, pois corrobora preconceitos advindos do senso comum, à medida que mascara a solução para o problema enfrentado, encaixando-se perfeitamente no consenso que parece haver sobre a necessidade de soluções buscando somente tratar da consequência, prezando por verdades absolutas, sempre pela via mais fácil, prestigiando e atribuindo a responsabilidade a outrem, espalhando o medo e o temor.



Em síntese, a realização dessa modalidade de averiguação física pessoal atua como verdadeiro instrumento de intimidação, até porque o próprio Estado informa que o número de apreensões de objetos encontrados com visitantes, nessas situações de violação de direitos e garantias fundamentais, é extremamente menor daqueles encontrados nas revistas realizadas pelos profissionais de segurança dentro das próprias unidades prisionais, indicando outros caminhos ou portadores, que não são os visitantes, a disponibilizar tais produtos para os internos do sistema.

Cediço, portanto, a ilegalidade dos procedimentos vexatórios de revistas, não havendo que se falar de responsabilização dos familiares e amigos dos condenados.

Diante desses fatos, é alarmante ainda a existência de revista íntima que o Governo impõe aos familiares dos reclusos.

As pessoas ao se sujeitarem a tal procedimento de “revista íntima”, têm sua integridade tanto física quanto moral desrespeitada e, conseqüentemente, a sua dignidade propriamente dita, mediante a utilização de violência física, moral e psicológica “legalizada” e, apesar de consagrado constitucionalmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana resta flagrantemente violado de maneira indiscriminada.

O que se vê, em verdade, é uma supremacia do Princípio da Segurança em detrimento da Dignidade Humana na ponderação dos valores constitucionais, frente a atuação do Estado em seu Poder-Punitivo ao buscar uma resposta rápida e supostamente efetiva para combater a violência. É uma dessas soluções é a “revista íntima” que se revela desnecessária e desproporcional, violando gravemente o princípio da dignidade humana.

Frise-se que, antes da edição do Ato Normativo ora Vergastado, o tratamento dispensado aos indivíduos durante a visita aos estabelecimentos prisionais era semelhante aos procedimentos realizados aos próprios presos, bem como aos menores infratores, qualificando-os em iguais condições, aviltando seus direitos de liberdade ao compartilhar idênticas regras aplicadas aos reclusos.

Nesta conjuntura, impende a observância aos limites e direitos do detento, bem como do menor infrator, pois apesar de estar encarcerado, não se verifica legítimo o tratamento de forma hostil, principalmente quando da realização de revista sem claros e comprovados indícios. E, ainda, a sanção imposta por sua conduta de outrora ou atuais, não podem ser estendidas a pessoas próximas ao detento.

A atividade estatal deve estar pautada em ações humanitária e, não, em condutas autoritárias como a metodologia da tradicional “revista íntima”, eis que os valores violados pela perpetuação dessa prática se revelam mais onerosos à Sociedade.



Nesse cenário, torna-se imprescindível o agir do Estado adotando a aceção de evitar, ou pelo menos minimizar, os efeitos da imposição das medidas de restrição de liberdade sobre os familiares e amigos do indivíduo em reclusão.

O principal escopo da averiguação corporal é impedir a entrada de objetos proibidos ao sistema, sob pena de expor a segurança nas unidades e, desprovida da respectiva autorização judicial, deve ser realizada com detectores de metal e sem contato físico entre Agente Público e Revistado.

A persistência na prática do mecanismo da “revista íntima” sobre o critério de fundada suspeita é ultrapassado e deslegitima o Estado ao desrespeitar os direitos do cidadão, devendo, excepcionalmente, ser admitido, porém, sempre respeitando os limites dos direitos e garantias fundamentais.

Em suma, a revista íntima a que eram submetidos familiares ou amigos ao adentrarem o Sistema Prisional ou, ainda, a Unidades de Medidas Socioeducativas do DEGASE, com intuito de visita, até a edição da legislação ora Impugnada, é absolutamente incompatível com direitos e valores fundamentais protegidos e tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de inconciliável com um Estado Democrático e de Direito, refletindo, assim, na manifesta constitucionalidade da Lei Estadual ora em análise.

Neste sentido, avulta enfatizar que diversos estudos corroboram o entendimento acima explicitado, valendo transcrever trecho do Voto do Relator na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados, Exmo. Dep. João Campos, ao analisar o Projeto de Lei n.º 7.764 de 2014, onde ressalta, *in verbis*:

“Na mesma linha, vale destacar trecho do Relatório sobre mulheres encarceradas, elaborado pelo ‘Grupo de Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas’, composto por entidades da sociedade civil, levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, consignado na justificação da presente proposta, em que trata da revista pessoal como revista vexatória:

‘extremamente humilhante uma vez que em muitas unidades se exige que as roupas sejam totalmente retiradas, os órgãos genitais manipulados e até revistados, há obrigação de realizar vários agachamentos, independentemente da idade avançada do(a) visitante.’



O referido documento aduz, ainda, que ‘em face da tecnologia disponível, não há mais razões para tamanha arbitrariedade, destacando que a realização desse tipo de revistas pessoal atual como instrumento de intimidação, uma vez que o próprio Estado informa que o número de apreensões de objetos encontrados com visitantes em vaginas, ânus ou no interior de fraldas de bebês é extremamente menor daqueles encontrados nas revistas realizadas pelos policiais nas celas, indicando que outros caminhos ou portadores, que não são os visitantes, disponibilizam tais produtos para os presos’.

Ademais, sob outro aspecto, o Manual para servidores penitenciários, elaborado pelo Centro Internacional de Estudos Penitenciários (Internacional Centre Of Prison Studies), fruto da parceria entre a Embaixada do Reino Unido e o Departamento Penitenciário Nacional, destaca que os servidores que atuam em presídios ‘devem reconhecer que os visitantes, eles mesmos, não estão presos e que a obrigação de proteger a segurança da penitenciária deve ser ponderada frente ao direito dos visitantes à privacidade pessoal’, e aduz, ainda, referindo-se ao mau servidor, que “os servidores penitenciários também podem representar uma ameaça à segurança mediante o contrabando de material ou objetos proibidos ou ilegais para dentro da penitenciária.

Eles também devem estar sujeitos a procedimentos de revista apropriados. Tais procedimentos também devem tornar menos provável que os servidores penitenciários sejam colocados sob pressão por presos e outros para introduzirem na prisão itens proibidos’.

Oportuno se faz enaltecer alguns Estados brasileiros que, através de portarias, instruções normativas ou determinações judiciais já vedam as revistas vexatórias. No Estado de Goiás, o novo procedimento denominado ‘revista humanizada’ é regra desde 19 de julho de 2012, quando da publicação da Portaria n.º 415/2012, editada pelo Presidente da Agência Goiana do Sistema de Execução Penal, Dr. Edemundo Dias de Oliveira Filho (Delegado de Polícia), o que ressaltou, em audiência pública realizada nesta Comissão, que não existem dados comprobatórios que indiquem o aumento ou diminuição do número de objetos proibidos que adentraram nos estabelecimentos prisionais após a adoção desta medida.”

Além disso, alguns Entes da Federação envidaram esforços se mobilizando para proibir a revista íntima vexatória, tal como São Paulo que, em julho de 2014, aprovou a Lei Estadual n.º 15.552, objetivando a extinção da aplicação do método vexatório aos visitantes, bem como o Rio Grande do Sul, através da sua Superintendência dos Serviços Penitenciários ao publicar a Portaria 12/2008 e, ainda, a Paraíba ao editar a Lei n.º 6.081/2010.

Ademais, há mais de 10 (dez) anos, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), mediante sua Resolução n.º 09 de 12 de julho de 2006, já recomendava que a revista íntima vexatória fosse substituída por equipamentos eletrônicos de averiguação, evitando-se, com essa providência, o desumano método arcaico de revista em presídios.

Alia-se a essa indicação, a política adotada pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN), viabilizando o repasse de recursos aos Estados com a finalidade de incentivar a compra de *scanners* para as revistas nos presídios, conforme amplamente divulgado pelo próprio Ministério.

Nesta linha de raciocínio, muito embora não se verifica *a priori* a existência de precedentes jurisprudenciais acerca especificadamente do tema em debate, no concernente a averiguação do vício de legislação similar, indemne de dúvida que este Egrégio Tribunal de Justiça, bem como o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciaram a respeito do abuso de direito e violação à dignidade da pessoa humana do procedimento de revista íntima, legitimando, por conseguinte, a declaração de constitucionalidade que ora se procede, conforme se infere, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO
COMISSIVO E CONSTRANGEDOR DE AGENTE ESTATAL -
CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DEVER DE INDENIZAR -
RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1. Cabe ao Estado, pelo princípio constitucional da responsabilidade reparar os danos causados por atos omissivos ou comissivos praticados pelos agentes estatais.

2. Recomposição que se faz não apenas no plano material, mas também no imaterial, quando a vítima, sem culpa alguma, foi submetida a constrangimento incompatível com o agir da administração.

3. Revista de visitante a estabelecimento prisional que resultou na sua exposição a dois exames íntimos para verificação de não estar portando droga, um dos quais realizado em estabelecimento hospitalar.

4. Recurso especial provido. (REsp 856.360/AC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 23/09/2008).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM QUE SE BUSCA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL A FIM DE QUE CESSEM AS REVISTAS ÍNTIMAS VEXATÓRIAS NAQUELES QUE VISITAM OS DETENTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INDEFERIDA NO PRIMEIRO GRAU. DECISÃO REFORMADA POR MAIORIA.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA É FUNDAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO (ARTIGO 5º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). É INADMISSÍVEL QUE, POR AÇÃO OU OMISSÃO, OS AGENTES DO ESTADO POSSAM EXPOR CIDADÃOS A SITUAÇÃO VEXATÓRIA, INDIGNA, DESRESPEITOSA, COMO A DE OBRIGAR MULHERES A SE DESPIREM E FICAREM DE CÓCORAS.

COMO CONDIÇÃO PARA VISITAREM SEUS ENTES QUERIDOS QUE SE ENCONTRAM PRESOS. TAL EXIGÊNCIA, EM NOME DE UMA SEGURANÇA QUE PODE SER BUSCADA POR MEIOS MAIS INTELIGENTES E HUMANOS, É HUMILHANTE, E SE DESINCOMPATIBILIZA COM A REGRA CONSTITUCIONAL DE QUE NINGUÉM SERÁ SUBMETIDO A TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE (ARTIGO 5º, INCISO III, DA CF).

ALÉM DO MAIS, A PUNIÇÃO A QUE SE SUBMETE O DETENTO NÃO PODE SER ESTENDIDA AOS SEUS ENTES QUERIDOS, CONSOANTE O DISPOSTO NO ARTIGO 5º, PARÁGRAFO XLV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMANDO JURISDICIONAL QUE DEVE MOSTRAR-SE DIDÁTICO QUANTO À ADEQUAÇÃO DA CONDUTA ESTATAL AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS: O QUE É PROIBIDO Pela presente decisão, fica proibida a revista íntima vexatória nos visitantes dos presídios e casas de detenção do estado. O QUE É PERMITIDO É permitido que os visitantes sejam submetidos ao detector de metais, bem como à determinação de que exibam o que trazem em bolsas, pastas, carteiras, mochilas etc. É permitida a revista pessoal, não vexatória, consoante o previsto no artigo 244 do CPP, que independe de mandado. É permitida a revista nos detentos, os quais se encontram submetidos à disciplina carcerária, em obediência às normas administrativas pertinentes. (0008637-13.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa - Des(a). GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO - Julgamento: 29/04/2015 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).



ENTORPECENTES. TRÁFICO.

ESTABELE-CIMENTO PENAL (ART.33, C/C ART. 40, III, LEI 11.343/06). REVISTA PESSOAL ÍNTIMA. VIOLAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INTIMIDADE (ART. 5º, X, C.F.). DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, C.F.) TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE (ART. 5º, III, C.F.). PROVA ILÍCITA (ART. 5º, LVI, C.F.). ABSOLVIÇÃO. Constatou-se que a apelante, ao submeter-se a revista íntima no interior do Presídio Alfredo Tranjan, nesta cidade - onde visitaria seu companheiro - trazia consigo, "no interior de sua vagina", 46g de maconha e 0,4g de cocaína. O modo como se fez a apreensão do entorpecente, no interior da vagina, constitui prova obtida por meios ilícitos, inadmissíveis no processo (art. 5º, LVI, Constituição Federal). A Inspetora Penitenciária informa que "compunha a equipe de revista corporal das visitantes dos internos, e no momento que a flagranteadada abaixou, a declarante e a Inspetora Helenice viu algo escuro no interior da vagina da mesma." Essa revista pessoal - obrigada a visitante a despir-se completamente, abaixar-se, abrir as pernas, fazer força, pular - é vexatória, degradante, violenta o direito à intimidade (art. 5º, X, C.F.) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, C.F.), nenhum valor processual tendo a prova assim obtida. O Processo Penal Democrático não pode permitir a realização de busca manual nas entranhas da mulher, no interior da sua vagina.

Não se pode relativizar a garantia constitucional, porque não se pode relativizar a própria dignidade humana. "Inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória." (José Frederico Marques). Recurso provido. (0123573-24.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). SERGIO DE SOUZA VERANI - Julgamento: 08/11/2012 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL).

No mais, impende rechaçar a alegação de usurpação de Competência do Chefe do Poder Executivo, bem como vício material de constitucionalidade, na medida em que a legislação se limita a dar plena efetividade à determinação do Poder Constituinte, impedindo situações degradantes, arbitrárias e humilhantes.



De fato, a Lei ora inquinada de inconstitucional tutela direitos e garantias fundamentais, regulando o acesso aos estabelecimentos de restrição de liberdade, não havendo que se falar em iniciativa reservada do Governador para legislar sobre direito penitenciário, nem em organização e estrutura de setores da Administração Pública.

Por derradeiro, **forçoso concluir pela constitucionalidade da Lei Estadual n.º 7.011 de 25 de maio de 2015**, na medida em que institui, ainda de maneira inicial, um regramento e efetivo do procedimento de revista pessoal, aliado ao uso da tecnologia, viabilizando a utilização de mecanismos, *primo ictu oculi*, mais eficazes de garantia da segurança dos estabelecimentos prisionais e de aplicação das medidas socioeducativas, **abolindo métodos impróprios e medievais que, além de afrontar o regramento constitucional, enfraquecem a segurança pública.**

Em síntese, observa-se que a legislação ora Vergastada, busca regulamentar de alguma forma a revista pessoal, a fim de garantir a eficiência e segurança das unidades limitadoras da liberdade individual, alinhada à preservação da dignidade humana das pessoas que são submetidas àquele tipo de procedimento.

Diante do aduzido, deve ser reconhecida a constitucionalidade da Lei Estadual n.º 7.011 de 25 de maio de 2015 em exame, não se verificando a alegada violação aos preceitos inscritos nos artigos 7º, 112, § 1º, inciso II, alínea “d”, 145, inciso VI e parágrafo único e 148 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Por estas razões, este Órgão Especial, à unanimidade de votos, julga improcedente a representação para declarar a constitucionalidade da Lei Estadual n.º 7.011 de 25 de maio de 2015.

Rio de Janeiro, 19 de março de 2018.

REINALDO PINTO ALBERTO FILHO
RELATOR



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

Apelante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelada: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CREDENCIAMENTO COMO VISITANTE DE INTERNO DO SISTEMA PRISIONAL. RESOLUÇÃO SEAP N.º 584, DE 23/10/2015. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS AUTORAIS QUE AFASTA EXIGÊNCIA DE INSTRUMENTO PÚBLICO COMO PROVA DE VÍNCULO DE UNIÃO ESTÁVEL E DE AMIZADE, ADMITINDO-SE DECLARAÇÃO SUBSCRITA POR DUAS TESTEMUNHAS, COM FIRMA RECONHECIDA EM CARTÓRIO, ANTERIORMENTE PREVISTA NO ART. 2º, §3º, DA RESOLUÇÃO SEAP Nº 395/11 OU PRESTADA PERANTE SERVIDOR PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. **APELO INTERPOSTO RÉ.** ARGUIÇÕES PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA E DE PRECLUSÃO HIERÁRQUICA. REJEIÇÃO. RESOLUÇÃO SEAP N.º 584/2015 QUE CUIDA DE PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS. ATO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO CARACTERIZADO PELO ALTO GRAU DE “(...) *ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE QUE NÃO SE IDENTIFICAM COM A FASE EXECUTÓRIA DO CUMPRIMENTO DE PENA.*”, RESSALTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PARECER FINAL NESTA INSTÂNCIA. PRECLUSÃO HIERÁRQUICA. INOCORRÊNCIA. OBJETO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0033811-87.2016.8.19.0000, SUPERADO PELO CARÁTER EXAURIENTE DA SENTENÇA. **MÉRITO RECURSAL. DIREITO INTERNACIONAL.** ESTRUTURAÇÃO DOS SISTEMAS PENAIS. *REGRAS DE MANDELA. SOFT LAW* QUE FIXA PATAMAR MÍNIMO DE TRATAMENTO DOS PRESOS E ACOLHIMENTO DE SEUS VISITANTES. AÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E PUBLICIDADE AO REFERIDO ESTATUTO. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RECEPCIONADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL. ESTABELECIMENTO DE REGRAS MÍNIMAS DE PROTEÇÃO. CNJ QUE RECONHECE NAS REGRAS



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

INTERNACIONAIS BALIZAS PARA ESTRUTURAÇÃO DOS DIVERSOS SISTEMAS PENAIIS, REVENDO AS REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRESOS, APROVADAS EM 1955 NO ÂMBITO DA ONU, ALÉM DE EXPLICITAR COMO UM DOS OBJETIVOS A IMPLEMENTAÇÃO DE NORMAS PARA A MELHORIA DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO E A GARANTIA DO TRATAMENTO DIGNO OFERECIDO ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE, COMO O PROGRAMA *CIDADANIA NOS PRESÍDIOS*. CARÁTER PROGRAMÁTICO DAS REGRAS DE MANDELA QUE TENDEM A ORIENTAR A CONFIGURAÇÃO DO DESENHO DE NOVAS POLÍTICAS A SEREM ADOTADAS PELO PODER JUDICIÁRIO PARA O SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL, NORTEANDO O TRATAMENTO DAS PESSOAS PRESAS NO PAÍS, ASSEGURANDO-LHES DIGNIDADE E RESPEITO, COMO TAMBÉM, A SEUS FAMILIARES. **DIREITO INTERNO**. ART.1.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE RECONHECE COMO FONTES JURÍDICAS OS TRATADOS, AS CONVENÇÕES E AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL. DIREITO À VISITAÇÃO. ART. 41, X, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ART.24, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL PARA DISPOR SOBRE DIREITO PENITENCIÁRIO. LEI DE EXECUÇÃO PENAL QUE OUTORGA À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PRISIONAL O PODER DE REGULAMENTAR A MATÉRIA, NO QUE DIZ RESPEITO A QUESTÕES DISCIPLINARES. ART.24, §1.º DA CONSTITUIÇÃO INFORMA QUE NO “(...) ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO CONCORRENTE, A COMPETÊNCIA DA UNIÃO LIMITAR-SE-Á A ESTABELECEER NORMAS GERAIS.”, SINTETICAMENTE ESTABELECEENDO PRINCÍPIOS, DIRETRIZES, BASES, A SEREM PORMENORIZADOS, DETALHADOS, ESMIUÇADOS, PELOS TITULARES DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE, ARTIGOS 1º, II E III; 3º, I E IV; 4º, II; 5º, PARÁGRAFOS PRIMEIROS E SEGUNDO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PODER REGULAMENTAR. ATOS GERAIS DE COMPLEMENTAÇÃO DAS LEIS PARA PERMITIR SUA EFETIVA APLICAÇÃO. REGULAMENTAÇÃO TÉCNICA.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

LEGISLADOR QUE RESERVA PARA SI A COMPETÊNCIA PARA O REGRAMENTO BÁSICO, CALCADO EM CRITÉRIOS POLÍTICOS E ADMINISTRATIVOS (*DELEGATION WITH STANDARDS*). CONTEXTO DA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO SEAP N.º 584/2015 QUE AFASTA REGRAS MÍNIMAS EM MATÉRIA DE GARANTIA DO DIREITO À VISITAÇÃO, ESTABELECE REQUISITO FORMAL DO INSTRUMENTO PÚBLICO, DE DIFÍCIL EFETIVAÇÃO, BEM ASSIM, SEM RESSONÂNCIA DO SISTEMA GARANTÍSTICO ESTABELECIDO PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO. PRIMEIRA ETAPA DE IMPLANTAÇÃO DO BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES MONITORAMENTO (BNPP 2.0) QUE CADASTROU 603.157 PRESOS, DOS QUAIS 77.597 SOB A TUTELA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PERFIL DOS ENCARCERADOS COMPOSTO MAJORITARIAMENTE POR NEGROS POBRES E COM BAIXA ESCOLARIDADE, PORTANTO, IGUALMENTE, HIPOSSUFICIENTES. EXIGÊNCIA DE ESCRITURA PÚBLICA PRECONIZADA PELA RESOLUÇÃO SEAP N.º 584/2015 QUE COLOCA EM CENA PROBLEMA INSOLÚVEL, JÁ APONTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL NO ÂMBITO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS, DIANTE DO CRESCIMENTO EXPONENCIAL DAS DEMANDAS DAQUELES QUE A PROCURAM PARA REQUEREREM GRATUITAMENTE A ESCRITURA PÚBLICA. ENCAMINHAMENTOS DESSES REQUERIMENTOS À ANOREG E POSTERIOR DISTRIBUIÇÃO AOS CARTÓRIOS A ELA ASSOCIADOS QUE NÃO AFASTA A EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES PARA A LAVRATURA DA ESCRITURA PÚBLICA, INCLUSIVE A COLETA DE ASSINATURAS, SOBRECARRREGANDO DE MANEIRA DESPROPORCIONAL E POUCO RAZOÁVEL AS ESTRUTURAS CARTORÁRIAS E ACABANDO POR INVIABILIZAR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITA, EM DETRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE FAZ DA CIDADANIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DOIS DE SEUS FUNDAMENTOS (INCISOS II E III DO ART. 3º) E QUE TEM POR OBJETIVOS FUNDAMENTAIS ERRADICAR A MARGINALIZAÇÃO E CONSTRUIR UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA (INCISOS I E III DO ART. 3º), COM VISTAS A CONCRETIZAR O



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

IDEAL DE SOCIEDADE QUE O PREÂMBULO DA CARTA POLÍTICA DE 1988 DENOMINA "FRATERNA". INTELIGÊNCIA DO ART. 5º Da CF/1988. ALÉM DOS DIREITOS EXPRESSAMENTE POSITIVADOS NO CAPÍTULO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, SUBSISTEM DIREITOS QUE, POR SEU CONTEÚDO E POR SEU SIGNIFICADO, INTEGRAM O SISTEMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COMPONDO EFETIVO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE REDUZ A UMA CONCEPÇÃO PURAMENTE FORMAL DA CONSTITUIÇÃO E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PARÁGRAFO SEGUNDO QUE REPRESENTA UMA CLÁUSULA QUE CONSAGRA A ABERTURA MATERIAL DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SENDO UM SISTEMA INCLUSIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1. Do ponto de vista do direito administrativo, a razoabilidade deve atrelar-se à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas, atuando dentro de limites aceitáveis, com a valoração do ato situada dentro de *standards de aceitabilidade* e proporcionalidade. Resolução em análise que não observou nenhum dos princípios administrativos quando estabelece requisitos formais que precarizam o direito de visitação.

2. O direito do preso de receber visitas (art. 41, X, da Lei de Execuções Penais - Lei 7.210/1.984) não é absoluto e deve ser sopesado, de acordo com a situação específica vivenciada no caso concreto, em conjunto com outros princípios, dentre os quais o que visa a garantir a disciplina e a segurança dentro dos estabelecimentos prisionais, velando, por consequência, também pela integridade física tanto dos reclusos quanto dos que os visitam. Entretanto, ao estabelecer requisito formal que faz depender o exercício do direito ao cumprimento a requisito (escrituração pública) de difícil efetivação quanto à logística carcerária e com custo elevado, desborda o estado do Rio de Janeiro de competência, tratando de matéria não afeta ao poder disciplinar, na medida em que não cabe à autoridade precarizar o exercício de um



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

direito quando subsistem outras alternativas que, de maneira razoável e proporcional possam ser adotadas com a preservação da segurança pretendida, para os funcionários carcerários e para os próprios visitantes. Referida Resolução, sem nenhuma justificativa razoável para tanto, impõe limitação não constante no art. 41, X, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1.984), acabando por criar óbice ao exercício desse direito, repercutindo na própria política de ressocialização necessária no afastamento das regras mínimas que, no plano internacional e interno devem garantir o sistema prisional.

3. A sentença recorrida preserva os limites razoáveis do exercício do poder regulamentar e demonstra que, de fato e de direito, há alternativas que, uma vez implementadas, não trarão insegurança muito menos representarão, na prática, a negativa do direito efetivo de visitação, muito pelo contrário, faz cumprir os *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*.

4. Não se trata de ínfimo dispêndio para a garantia do direito de visitação. Inclusive, com base no informativo n. 570 do STJ restou estabelecido que a concessão da gratuidade de justiça obsta a cobrança de emolumentos pelos atos de notários e registradores (AgRG no RMS 24.557-MT, Relator Ministro Castro Meira, 07.02.2013) o que não resolve a questão, não se podendo atribuir à Defensoria, diante da população carcerária no estado e aos oficiais dos cartórios (cuja atuação restou problematizada no âmbito das audiências públicas realizadas) atribuição no sentido de fazer depender a viabilidade do pleno exercício do direito de visitação apenas com o implemento da referida documentação. Ferem-se a razoabilidade e a proporcionalidade que devem permear o exercício dos Poderes de estado, desdobrados no ato administrativo impugnado.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. PREJUDICADO O JULGAMENTO DO MÉRITO DO AGRAVO INTERNO INTERPOSTO NO AGRAVO DE



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

INSTRUMENTO DISTRIBUÍDO À MINHA RELATORIA, PROCESSO N.º
0020243-33.2018.8.19.0000.

VISTOS, relatados e discutidos esta Apelação Cível interposta nos autos da Ação Civil Pública, processo n.º 0152636-84.2016.8.19.0001 em que é **Apelante**: ESTADO DO RIO DE JANEIRO e **Apelada**: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM, **por unanimidade de votos**, os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **em conhecer e negar provimento ao recurso**.

RELATÓRIO

Adoto, na forma regimental, o relatório da sentença apelada cujo dispositivo foi assim redigido:

“(…)

Pelo exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido para determinar ao Estado do Rio de Janeiro que se abstenha de exigir a formalidade do instrumento público para a comprovação de vínculo de união estável e de amizade para fins de credenciamento como visitante de interno do sistema prisional, admitindo-se declaração subscrita por duas testemunhas, com firma reconhecida em cartório - tal como anteriormente aceito e previsto no art. 2º, § 3º, da Resolução SEAP nº 395/11 -, ou prestada perante servidor público da Administração Penitenciária.

Publique-se, registre-se e intime-se.

(…)” (pdf.486).



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

O julgado foi objeto de pedido aclaratório feito formulado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que foi rejeitado pelo juízo primevo (pdf.527 e pdf.535).

O Estado do Rio de Janeiro, ora Apelante, arguiu, preliminarmente, a nulidade da sentença que viola o princípio constitucional do Juiz Natural (art. 5.º, XXXVII e LIII, Constituição Federal), exarada que foi por juízo absolutamente incompetente, ressaltando que o juízo primevo rejeitou dita arguição, firme em que *“o múnus acometido ao Juízo da Vara de Execuções Penais diz respeito à sua atuação administrativa na fiscalização do regular cumprimento das penas, às autoridades que ocupam os cargos da administração carcerária e não às pessoas jurídicas de Direito Público, dentre elas o Estado do Rio de Janeiro, ora Apelante. Deve destacar ainda que o mérito desta ação também (senão principalmente) desborda na relação jurídica que envolve os cidadãos atingidos pelo ato regulamentar ora atacado e que não estão submetidos ao regime jurídico de cumprimento de sanção penal”* (fl. 487).” (pdf.554, f.584). Neste sentido, aduz que a controvérsia guarda relação específica com a execução penal, regida pela Lei Federal n.º 7.210/1984, esclarecendo que o art. 66 do diploma federal e o art. 107, IV, “a”, do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro-CODJERJ, atribuem competência ao Juiz da Vara de Execuções Penais para a adoção de medidas administrativas e jurisdicionais concernentes à fiscalização e à interdição de unidades prisionais que estejam funcionando em condições inadequadas, enquadramento que abrange as hipóteses de *“(…) alguma ilegalidade ou necessidade de se adotar medida em face de eventual violação ao direito de visitas, ainda que em Delegacia de Polícia, cuja atribuição é custodiar os encarcerados cautelares, tal medida deverá ser dirigida obrigatoriamente ao Juiz de Execução, conforme as normas acima reproduzidas.”* (Idem, f.586).

Arguiu, também, prejudicial à análise do mérito e impossibilidade do imediato cumprimento da decisão, tendo em vista a preclusão hierárquica que resulta do acórdão desta E. Câmara Cível que reverteu a primeira decisão interlocutória que antecipou a tutela de mérito que punha em risco a administração prisional e seus funcionários.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

Argumenta, no terreno do mérito, que a Resolução SEAP n.º 584, de 23 de outubro de 2015 pode ser mantida com fundamento nos princípios da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos (art.37, caput, da C.F. e no art.2º da Lei 9.784/99), sendo o regramento “(...) *fruto da atuação da Secretária de Estado da Administração Penitenciária e funda-se no interesse público de se manter a ordem interna das unidades prisionais e a segurança do sistema prisional, dos presos, dos advogados e dos visitantes em geral.*” (f.591), no que concerne ao exercício dos direitos de visita que não vulnere as normas de segurança das unidades prisionais.

Salienta que “(...) *o direito de visita não é absoluto, podendo sofrer supressões, restrições e regulamentações, conforme dispõe o parágrafo único do art.41 da Lei Federal nº7.210/1984, recepcionado pela Constituição Federal, e que permite que eventual medida supressiva seja imposta até mesmo pelo diretor do estabelecimento prisional, o que demonstra que o legislador entende que o interesse privado, em decorrência da própria privação libertária, pode ser regulado, quando o interesse público demandar, para garantir a ordem da unidade prisional em questão e a segurança de todos (...)*” (f.592).

Argumenta que os preceitos constitucionais da proteção especial do direito fundamental à convivência e assistência da família aos sujeitos encarcerados apontados na sentença foram devidamente considerados na Resolução SEAP n.º 584, de 23 de outubro de 2015 que normatizou o sistema de visita, prevendo normas para explicitar o comando legal geral e para dispor sobre como se dará a sua execução e como os direitos previstos serão exercidos, já que a norma originária somente previu as diretrizes que a lei de regência não tem como abordar minuciosamente.

Acrescenta que na situação concreta, a norma questionada atende ao comando geral preconizado na Constituição Federal (art.5º, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, dentre outros), na Lei de Execuções Penais (arts.1º, 40 e 41, X da Lei Federal n.7.210/84) e na Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art.27, *caput*), não havendo que se falar em qualquer ilegalidade ou arbitrariedade da norma veiculada na Resolução da SEAP nº584/2015 quanto à escolha de instrumento público para a prova da existência das relações de fato entre visitantes e acautelados, data vênua do entendimento esposado pelo juízo primevo.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

Nessa linha de argumentação, aponta que a Resolução em questão dispõe que, no caso do convivente, para a obtenção do credenciamento nesta condição, deve apresentar a certidão de nascimento da prole em comum **ou** a escritura declaratória de união estável, enquanto que no que se refere ao amigo, pode apresentar declaração, por instrumento público, de duas testemunhas, com firma reconhecida por autenticidade em Cartório (art.2º, V, e §1º), de sorte que não suprimiu e tampouco instituiu exigências odiosas que afetem o núcleo essencial do direito, compatibilizando o direito de visita com a garantia à ordem interna prisional e à segurança de visitantes e visitados que não é absoluto.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos formulados pela parte autora (pdf.554 e certidão – pdf.616).

A Defensoria Pública apresentou contrarrazões no sentido da manutenção da sentença (pdf.537).

No pdf.667/pdf.799, cópia de petição de agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública e respectivos documentos.

No pdf.826, a parte Apelada noticia o deferimento da tutela recursal por mim deferida no recurso de agravo de instrumento n.º 0020243-33.2018.8.19.0000, decisão cuja cópia está encartada no pdf.828 e no pdf.834 (ofício da Secretaria desta Câmara Cível) cujo cumprimento foi determinado pelo juízo primevo que manteve a decisão agravada (pdf.844 e pdf. 852).

O órgão de atuação do Ministério Público em primeira instância ofereceu parecer no sentido da admissibilidade do recurso (pdf.884).

O Defensor Público que atua junto a este órgão julgador fracionário exarou ciência da distribuição do apelo, conforme manifestação encartada no pdf.895.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

A Procuradoria de Justiça ofereceu parecer conclusivo no sentido do provimento do apelo (pdf.896).

Após a juntada da petição de f.906 (memoriais do Estado do Rio de Janeiro), os autos vieram conclusos.

É o relatório

VOTO

Conheço do recurso, pois estão presentes os requisitos para sua admissibilidade, distribuído para esta Câmara Cível é preventa, conforme certidão encartada no pdf.891.

Rejeito a preliminar de incompetência absoluta do juízo primevo na forma sustentada pelo Estado do Rio de Janeiro, pois o tema litigioso são os procedimentos burocráticos instituídos pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária (SEAP) por intermédio da Resolução n.º 584, de 23 de outubro de 2015, no tocante à identificação e à comprovação do estado dos visitantes a serem admitidos no sistema carcerário, portanto, de caráter administrativo caracterizado pelo alto grau de *“(...) abstração e generalidade que não se identificam com a fase executória do cumprimento de pena.”*, conforme bem ressaltou a Procuradoria de Justiça em seu parecer final.

As disposições do art. 66 da Lei de Execução Penal, Lei Federal nº 7.210/1984; do art.107, IV, “a”, do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro - CODJERJ, atual art. 54, III, “a”, da Lei Estadual nº 6956/2015, que atribuem competência ao Juiz da Vara de Execuções Penais para a adoção de medidas administrativas e jurisdicionais concernentes à fiscalização e à interdição de unidades prisionais que estejam funcionando em condições inadequadas não guardam, em seus conteúdos, relação com o tema enfrentado pelo juízo primevo, conforme identificado pela Procuradoria do Ministério Público no referido parecer final, aqui parcialmente transcrito:



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

“(...)

Art.66 – Compete ao Juiz da Execução:

(...)

VI- zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII – Interditar no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei.

VIII - Inspeccionar mensalmente os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidades.

Art. 54 - Aos juízes de direito da Vara de Execuções Penais, com sede na Comarca da Capital e jurisdição em todo o território do estado, compete:

(...)

III – proceder à:

a) inspeção dos estabelecimentos penais destinados à execução das penas de reclusão, detenção, das medidas de segurança, das casas de custódia e de qualquer outro estabelecimento penal destinado a presos provisórios, adotando, se for o caso, as providências indicadas nos incisos VII e VIII, do art. 66, da Lei de Execução Penal;

A Resolução da SEAP que vem sendo impugnada apenas se relaciona com os detentos de forma oblíqua, não se podendo traçar um liame entre seu conteúdo e a execução individual das penas privativas de liberdade que baste a desafiar a competência especializada.

Desse modo, não se vislumbra a vulneração ao princípio do juiz natural na fixação de competência da causa junto ao juízo fazendário, consoante a regra geral de composição do polo passivo da lide pelo Estado do Rio de Janeiro, na forma do art. 44, I, da Lei Estadual nº 6.956/2015.

(...)” (pdf.896).



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

Também não prospera a arguição de preclusão hierárquica com fundamento em acórdão desta E. Câmara Cível que reverteu a primeira decisão interlocutória que antecipou a tutela de mérito e que foi objeto do recurso de agravo de instrumento, processo n.º 0033811-87.2016.8.19.0000, decisão colegiada suplantada pela sentença que decidiu o mérito desta ação civil pública.

Ressalto que em 20/06/2018 antecipei a tutela reclamada pela Defensoria Pública em outro recurso, qual seja o agravo de instrumento, processo n.º 0020243-33.2018.8.19.0000, autorizando o imediato cumprimento da obrigação de não fazer fixada pelo juízo primevo na sentença, de modo a prestigiar e a viabilizar a produção de seus efeitos, pois o apelo ora analisado é recebido tão somente no efeito devolutivo por força do art.14 da Lei n.º 7.347/85.

Ultrapassadas as arguições preliminares, passo a enfrentar as questões de fundo.

Não se pode perder de vista que a estruturação dos sistemas penais no âmbito internacional deve contemplar regras mínimas para o tratamento dos presos e para o acolhimento de seus visitantes. No Brasil, o tema foi objeto de estudos e de ações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que deu publicidade ao Estatuto denominado “*Regras de Mandela*” que leva em consideração tratados de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico nacional, para o estabelecimento de regras mínimas de proteção, tais, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 e seu Protocolo Facultativo.¹ Houve, no referido documento, o estabelecimento de regras acerca do direito à visita social e familiar, destacando-se: o respeito aos princípios da proporcionalidade, da legalidade e da necessidade no caso da condução de revistas íntimas e de inspeções (Regra 50); o direito de contato com o mundo exterior, por intermédio de visitas, e no caso de



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

visitas conjugais, a garantia de instauração de procedimentos e de locais apropriados, de forma a garantir o justo e o igualitário acesso, respeitando-se a segurança e à dignidade (Regra 58); a entrada de visitantes nas unidades prisionais dependerá do consentimento do visitante, sendo que os procedimentos para a sua garantia, inclusive, quanto ao direito de revista não devem ser degradantes e devem ser governados por princípios não menos protetivos que aqueles estabelecidos nas Regras 50 e 52 (Regra 60); aos presos deve ser garantida a oportunidade, o tempo e os meios adequados para receberem visitas (Regra 61).

O próprio CNJ, ao divulgar as Regras, concluiu que o documento passou a oferecer balizas para a estruturação dos diversos sistemas penais, revendo as Regras Mínimas para o tratamento de presos, aprovadas em 1955 no âmbito da ONU. O objetivo explicitado pelo Conselho é a implementação de normas para a melhoria das condições do sistema carcerário e a garantia do tratamento digno oferecido às pessoas em situação de privação de liberdade, como o programa *Cidadania nos Presídios*. Apesar de tratarem-se de **soft law**, normas internacionais de caráter programático, referidas Regras tendem a orientar a configuração do desenho de novas políticas a serem adotadas pelo Poder Judiciário para o sistema carcerário nacional, atualizando as orientações da Organização das Nações Unidas para o estabelecimento de padrões mínimos e de boas práticas que acabam por nortear o tratamento das pessoas presas no Brasil, assegurando-lhes dignidade e respeito, como também, a seus familiares.²

Ressalte-se, inclusive, que o artigo primeiro do Código de Processo Penal reconhece como fontes jurídicas os tratados, as convenções e as regras de direito internacional, conforme dicção de seu artigo primeiro. O direito à visitação restou estabelecido pelo artigo 41 da Lei de Execução Penal, no sentido de garantir ao preso: *X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados*.

No plano constitucional, a competência para dispor sobre direito penitenciário é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, conforme a

¹ <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Consulta em 07/03/2019.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

Constituição de 1988, tendo a LEP outorgado à autoridade administrativa prisional o poder de regulamentar a matéria, no que diz respeito a questões disciplinares. Com efeito, o art. 24, *caput*, da Constituição Federal de 1988 inovou no sistema de repartição de competências, acentuando a competência legislativa concorrente, visualizada estrategicamente como mecanismo adequado para *equilibrar o relacionamento federativo mediante maior descentralização da faculdade de legislar*.

Da análise dos incisos do art.24 da CF/88 extrai-se que a maior parte das competências legislativas concorrentes teve o rol de matérias bastante ampliado, sendo válido entender que aos Municípios também se conferiu participação na produção normativa concorrente, em virtude do art. 30, II, que lhes atribui competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

O constituinte preferiu, na interpretação do supramencionado artigo, adotar a competência não cumulativa, que se caracteriza pela atribuição do poder de legislar sobre a mesma matéria a mais de um titular, reservando-se à União a edição de normas gerais e aos poderes periféricos a suplementação de tais normas, seja detalhando-as pelo acréscimo de pormenores (competência complementar), seja suprimindo claros (competência supletiva). Neste sentido, a competência concorrente cumulativa, em que não há limites preestabelecidos ao exercício da legislação sobre a mesma matéria, permite a cada titular discipliná-la integralmente.

Nesse contexto, o art.24, §1.º da Constituição informa que no “(...) âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”, quais sejam, sinteticamente, o estabelecimento de princípios, diretrizes, bases, a serem pormenorizados, detalhados, esmiuçados, pelos titulares da competência legislativa concorrente, nos termos postos pela Constituição, tudo, nos termos dos artigos 1º, II e III; 3º, I e IV; 4º, II; 5º, parágrafos primeiros e segundo, precipuamente:

² <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82433-cnj-publica-traducao-das-regras-de-mandela-para-o-tratamento-de->



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

Artigo 5º, parágrafo segundo: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse contexto internacional e constitucional, a Lei das Execuções Penais (LEP) contempla expressamente os direitos básicos dos detentos, dentre os quais, o direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos em dias determinados, enquanto relevante instrumento de ressocialização, embora não possua caráter absoluto ou irrestrito.³ Esse entendimento restou, de certa forma, incorporado à Resolução n.º 584, de 23/10/2015 que regulamentou a visita aos presos custodiados nos estabelecimentos prisionais e hospitalares da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária (SEAP), no âmbito do estado do Rio de Janeiro, que dentre os “*considerando*” que justificaram a sua edição, destacou:

“que, a despeito de ser um direito, a visita deve subordinar-se não só às restrições atinentes aos presos como também às condições impostas por motivos de segurança e de ordem nos Estabelecimentos Prisionais e Hospitalares;”

Problematizando os limites impostos ao direito à visita, do ponto de vista formal, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impugnou a exigência de instrumento público comprobatório de relação de amizade ou de união estável entre o visitante e o visitado como condição para o exercício do direito de visita, firme no caráter ilegal, injustificado, desarrazoado e desnecessário dessa condicionante, referindo-se ao disposto no art. 2.º, inciso V e no §3.º, da Resolução n.º 584/2015, motivo pelo qual requereram a confirmação da liminar concedida para:

“(…) determinar a dispensa da exigência de instrumento público para comprovação de vínculo de união estável e de amizade para fins de credenciamento como visitante de interno do sistema prisional,

presos>. Consulta em 07/03/2019.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

admitindo-se declaração subscrita por duas testemunhas, com firma reconhecida em cartório – tal como anteriormente aceito e previsto no art. 2º, §3º, da Resolução SEAP nº 395/11 –, ou prestada perante servidor público da Administração Penitenciária;” (pdf.3, f.31, n.º 1 e n.º 4).

Para adequada compreensão da controvérsia, transcrevo parcialmente a Resolução SEAP combatida, naquilo que interessa à adequada compreensão da peça em análise.

Art. 1º - A presente Resolução visa disciplinar a visitação aos presos nos Estabelecimentos Prisionais e Hospitalares que, para efeitos normativos, fica dividida em três espécies: comum, extraordinária e íntima.

DA VISITAÇÃO COMUM

Art. 2º - A visitação comum será permitida aos:

I - cônjuges, companheiros, filhos e enteados;

II - pais, irmãos, avós e netos

III - madrasta, padrasto, mãe e pai afetivos, se não houver pai e mãe cadastrados; observando a excepcionalidade do caso.

IV - tios e sobrinhos (somente maiores de 18 anos);

V - amigo, limitando-se a um único credenciamento no Sistema Penitenciário, sendo necessária a devida comprovação de amizade através da declaração por instrumento público de 02 (duas) testemunhas com firma reconhecida por autenticidade em Cartório; (conforme modelo anexo I)

§ 1º - Os visitantes mencionados no inciso I, na qualidade de companheiro (a), deverão apresentar a certidão de nascimento da prole em comum ou por meio de escritura declaratória de união estável. O requerente a qualificação de companheiro (a), caso esteja separado ou divorciado, deve apresentar a sua certidão de casamento com averbação.

³

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Consulta em 01/03/2019.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

§ 2º - *À pessoa credenciada como companheira ou cônjuge, não poderá ter carteira como pessoa amiga para outro interno na mesma Unidade Prisional ou Hospitalar.*

§ 3º - *O grau de parentesco citado nos incisos I, II, e IV deverá ser comprovado por meio dos seguintes documentos: carteira de identidade, certidão de nascimento ou casamento, escritura declaratória de união estável exarada por instrumento público em Cartório e documentação do interno como identidade ou certidão de nascimento ou casamento.*

§ 4º - *Os visitantes mencionados no inciso III deverão comprovar a relação familiar com o preso, apresentando, caso madrasta ou padrasto a certidão de casamento, certidão de nascimento, ou escritura declaratória pública de união estável.*

§ 5º - *Em caso de cancelamento de pessoa amiga, o preso somente poderá credenciar nesta qualificação um novo visitante, após o decurso de 12 (doze) meses do cancelamento. O visitante que na condição de pessoa amiga for descredenciado, não poderá se habilitar a novo credenciamento na mesma qualificação pelo mesmo decurso de prazo previsto neste parágrafo.*

§ 6º - ***Haverá mudança de qualificação de pessoa amiga para companheira, se comprovado indubitavelmente tal condição através da apresentação de certidão de casamento, prole reconhecida tardiamente (certidão de nascimento) ou escritura declaratória pública de união estável.***

§ 7º - *O preso somente poderá ter 03 (três) visitantes por dia de visitação, independentemente do quantitativo de visitantes cadastrados no Sistema Penitenciário, exceto quanto aos filhos, enteados e/ou netos, menores de idade, que estejam acompanhados pelos seus respectivos responsáveis legais.*

§ 8º - *Os visitantes que apresentarem documentos falsos ou prestarem declarações falsas terão seu cadastro suspenso inicialmente por 06 (seis) meses, sendo após o decurso do prazo possibilitada nova avaliação quanto a renovação do pedido de visitação, o qual deverá ser instruído com os mesmos documentos que habilitam o pedido de cadastramento e sob o crivo da legalidade e idoneidade, sem prejuízo de que seja oficiado o Ministério Público dando ciência do ocorrido.*

§ 9º - *Os visitantes mencionados nos incisos I, II, III e IV, em caso de possuir mais de uma pessoa efetivamente presa, poderão se habilitar para visitar cada uma delas, desde*



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

que seja devidamente comprovado o grau de relacionamento ou parentesco através da documentação comprobatória pertinente.

§ 10 - Em casos excepcionais, quando não houver comprovação de parentesco através de documentação comprobatória pertinente, não será possível o credenciamento dos visitantes mencionados nos incisos I, II, III e IV.

§ 11 - As questões referentes à comprovação de parentesco serão apreciadas pela Divisão de Atendimento a Família e Credenciamento, após a emissão de parecer do Serviço Social dos Núcleos de Credenciamento. (pdf.41. Grifado e destacado por este Relator).

O administrativista Carvalho Filho defende que o Poder Regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação, sob pena de cometimento de abuso de poder regulamentar, no exercício de função normativa. No caso da regulamentação técnica, o legislador reserva para si a competência para o regramento básico, calcado em critérios políticos e administrativos, o que se denomina *delegation with standards*. No caso, como restou explicitado anteriormente, o contexto da edição da Resolução não poderia afastar as regras mínimas em matéria de garantia do direito à visitação, estabelecendo requisito formal do instrumento público, de difícil efetivação, bem assim, sem ressonância do sistema garantístico estabelecido pela própria Constituição, como antes explicitado.

A título de exemplo, sabe-se que a escritura declaratória de **União Estável** é um documento público declaratório firmado pelos conviventes no cartório de notas, que oficializa a união estável e também define diversas regras aplicáveis à referida relação como: regime de bens, cláusulas, pagamento de pensão, titularidade de bens, etc. Portanto, trata-se de procedimento que para ser concretizado exige a coleta de assinaturas dos interessados em livro próprio, como parte do trâmite que implicará também em dispêndio de dinheiro, deslocamento de funcionário do Cartório e de tempo, além de sobrecarregar a estrutura cartorária, na forma exposta pelo Sr. CELSO BELMIRO, na qualidade de representante da Associação dos Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro-



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

ANOREG/RJ, declaração prestada no âmbito da audiência pública convocada para a discussão do tema. Veja-se:

“Boa tarde a todos. Eu sou presidente da Associação de Notários e Registradores do Rio de Janeiro e também do Colégio Notarial que é a entidade que engloba os cartórios de notas, que são justamente os vinculados ao efeito dessa Resolução. Eu não vou usar os 8 (oito) minutos porque na verdade eu dei aula muitos anos então quando tem uma restrição de horário e de tempo o professor fica nervoso que o conteúdo seja muito maior. Mas o que eu vou falar é muito simples e cabe muito bem em até menos que os 8 (oito) minutos.

Eu vou começar falando de uma situação concreta que eu vivi no meu cartório em São Gonçalo e havia a necessidade de um detento dar autorização de viagem para que uma mãe pudesse levar o seu filho, menor, ‘para fora’. E essa autorização de viagem é feita através do reconhecimento de firma por autenticidade. Ou seja, há a necessidade de quem está assinando esteja presente no cartório. O preso não pode estar presente no cartório, então o cartório tem que ir à ele. Então, eu disponibilizei o motoboy do cartório para se dirigir até o presídio onde estava o usuário para que esse serviço pudesse ter sido prestado naquela situação específica. Isso levou uma tarde inteira de trabalho nosso para que houvesse esse reconhecimento (de firma) como a lei, para esse caso específico, exige.

O mesmo tipo de demanda aconteceu em outra oportunidade e o motoboy não estava lá. Eu tive que deslocar um servidor de dentro do balcão para que de ônibus fosse até o presídio para que mais uma vez isso fosse feito. Levou mais do que a metade de um dia para que esse único ato pudesse ser praticado.

Então, de que forma eu vejo essas novas exigências que foram colocadas na Resolução?

Eu não vou discutir questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do que está ali colocado, a minha posição pessoal é de que há algumas coisas que são inconstitucionais dentro dessa Resolução, mas dentro de uma Casa de profissionais de Direito não é o meu papel tratar essas questões jurídicas.

Eu falei que não demoraria porque a abordagem que eu quero fazer aqui é eminentemente operacional, é uma abordagem procedimental, é uma abordagem de



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

logística. Não há a possibilidade de que os cartórios consigam a contento desempenhar esse papel que a Resolução está lhe dando.

E o que vai acontecer com isso, Secretário? Um colapso no sistema.

O cartório não vai conseguir atender a essas demandas e vai haver o pior dos mundos que é a restrição de direitos fundamentais do preso.

Então, eu peço que essa questão seja analisada com muito carinho. Infelizmente eu gostaria de continuar aqui para ver esses depoimentos todos de vocês mas eu preciso sair porque tenho uma audiência agora. Peço, encarecidamente, que essas exigências sejam revistas.

Escritura pública de união estável precisa ir até o preso e o cartório não tem condições de fazer isso. E aí o que vai acontecer? Quem vive em união estável com o detento não vai conseguir fazer visita. É nesse nível que a gente quer chegar?

Então, eu já estou antecipando o que vai acontecer se os termos da Resolução não forem alterados.

Então, eu peço com muita, muita ênfase que essa questão seja revista. Muito obrigado.” (pdf.3, fls.9/10).

Do ponto de vista do direito administrativo, a **razoabilidade** deve atrelar-se à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas, atuando dentro de limites aceitáveis, com a valoração do ato situada dentro de *standards de aceitabilidade*. Quanto à proporcionalidade:

*“Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade há de revestir-se de tríplex fundamento: (a) **adequação**, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível como fim colimado; (2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) **proporcionalidade** em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, SP:Atlas 2017:44)*



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

A Resolução em análise não observou nenhum dos princípios administrativos quando estabeleceu requisitos formais que precarizam o direito de visitação. Não se pode perder de vista que, em 09/08/2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou o resultado da primeira etapa do mapeamento da população carcerária no Brasil, com base em processos judiciais, para a implantação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), cadastrando 603.157 presos, dos quais **77.597** encontram-se sob a tutela do Estado do Rio de Janeiro.⁴

Tomando-se em consideração as estatísticas e, considerando que, do ponto de vista socioeconômico, significativa massa dos encarcerados é composta por negros pobres e com baixa escolaridade, portanto, igualmente, hipossuficientes, é forçoso concluir que a exigência de escritura pública para os fins preconizados pela Resolução SEAP n.º 584/2015 coloca em cena problema insolúvel, já apontado pela Defensoria Pública Estadual no âmbito das audiências públicas realizadas, diante do crescimento exponencial das demandas daqueles que a procuram para requererem gratuitamente a escritura pública, solicitações encaminhadas à ANOREG e, em seguida, para os cartórios a ela associados, excessivamente sobrecarregados, o que, de maneira desproporcional e pouco razoável acaba por inviabilizar o exercício do direito de visita.

Na prática, a exigência do instrumento público como pré-requisito para o exercício desse direito, inviabilizará, para muitos, o exercício do direito à visitação, em detrimento da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 3º) e que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º), com vistas a concretizar o ideal de sociedade que o preâmbulo da Carta Política de 1988 denomina "fraterna". Aliás, a referência anterior à regra do parágrafo segundo do artigo 5º da CF/88 foi no sentido de reconhecer que além dos direitos expressamente positivados no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, subsistem direitos que, por



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

seu conteúdo e por seu significado, integram o sistema da Constituição Federal, compondo, um efetivo bloco de constitucionalidade, que não se reduz a uma concepção puramente formal da constituição e de direitos fundamentais. Seu parágrafo segundo representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo dos direitos fundamentais.

Sabe-se que o direito do preso de receber visitas, assegurado pelo art. 41, X, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1.984), não é absoluto e deve ser sopesado, de acordo com a situação específica vivenciada no caso concreto, em conjunto com outros princípios, dentre os quais o que visa a garantir a disciplina e a segurança dentro dos estabelecimentos prisionais, velando, por consequência, também pela integridade física tanto dos reclusos quanto dos que os visitam. Entretanto, ao estabelecer requisito formal que faz depender o exercício do direito ao cumprimento a requisito (escrituração pública) de difícil efetivação quanto à logística cartorária e com custo elevado, desborda o estado do Rio de Janeiro de competência, tratando de matéria não afeta ao poder disciplinar, na medida em que não cabe à autoridade precarizar o exercício de um direito quando subsistem outras alternativas que, de maneira razoável e proporcional possam ser adotadas com a preservação da segurança pretendida, para os funcionários carcerários e para os próprios visitantes. Referida Resolução, sem nenhuma justificativa razoável para tanto, impõe limitação não constante no art. 41, X, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1.984), acabando por criar óbice ao exercício desse direito, repercutindo na própria política de ressocialização necessária no afastamento das regras mínimas que, no plano internacional e interno devem garantir o sistema prisional.

A sentença prolatada pelo juízo a quo, na preservação dos limites razoáveis do exercício do poder regulamentar demonstra que, de fato e de direito, há alternativas que, uma vez implementadas, não trarão insegurança muito menos representarão, na prática, a negativa do direito efetivo de visitação, muito pelo contrário.

⁴<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Consulta em



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
9.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0152636-84.2016.8.19.0001

“Modernamente, (...) os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso”. (CARVALHO FILHO, 2017:58)

Não se trata de ínfimo dispêndio para a garantia do direito de visitação. Inclusive, com base no informativo n. 570 do STJ restou estabelecido que a concessão da gratuidade de justiça obsta a cobrança de emolumentos pelos atos de notários e registradores (AgRG no RMS 24.557-MT, Relator Ministro Castro Meira, 07.02.2013) o que não resolve a questão, não se podendo atribuir à Defensoria, diante da população carcerária no estado e aos oficiais dos cartórios (cuja atuação restou problematizada no âmbito das audiências públicas realizadas) atribuição no sentido de fazer depender a viabilidade do pleno exercício do direito de visitação apenas com o implemento da referida documentação. Ferem-se a razoabilidade e a proporcionalidade que devem permear o exercício dos Poderes de estado, desdobrados no ato administrativo impugnado.

Pelo fio do exposto e data máxima vênia do posicionamento adotado pela Procuradoria de Justiça, dirijo meu voto no sentido da negativa de provimento ao apelo para manter a sentença recorrida, prejudicado o julgamento do mérito do agravo interno interposto no agravo de instrumento distribuído à minha relatoria, processo n.º 0020243-33.2018.8.19.0000.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2019.

Carlos Azeredo de Araújo
Desembargador Relator



Jurisprudência 4

ADPF 635 MC-TPI / RJ - RIO DE JANEIRO

TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 05/06/2020

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-142 DIVULG 08/06/2020 PUBLIC 09/06/2020

Partes

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRO-DESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S) : WALLACE DE ALMEIDA CORBO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : JUSTIÇA GLOBAL

ADV.(A/S) : DANIELA FICHINO

ADV.(A/S) : JOAO GABRIEL MADEIRA PONTES

ADV.(A/S) : ADEMAR BORGES DE SOUSA FILHO

ADV.(A/S) : PEDRO HENRIQUE CARNEIRO DA COSTA REZENDE

ADV.(A/S) : CAMILLA BORGES MARTINS GOMES

Decisão

Decisão: Trata-se de pedido de medida cautelar formulado pelo Partido requerente desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que sejam concedidas monocraticamente todas as medidas cautelares deferidas no voto já proferido por ocasião da submissão do julgamento da medida cautelar ao Plenário Virtual, assim como a concessão da ordem para: (i) que não se realizem operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária. Contrapondo as razões trazidas por este Relator quando do lançamento do voto no plenário virtual, postulam, ainda, sejam também concedidas, monocraticamente, as medidas previstas na petição inicial nos itens (a) sobre a elaboração de plano de redução de letalidade policial; (e) sobre a presença obrigatória de ambulâncias e equipes de saúde nas operações policiais; e (j) sobre a instalação de equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos. O pedido é justificado não apenas à luz das razões que foram acolhidas quando do lançamento do voto para o plenário virtual, mas também pela urgência qualificada é ilustrada por casos recentes que foram trazidos à colação. Sobre eles narra o Partido requerente o seguinte (eDOC 124): “No dia 15 de maio último, uma operação conjunta do BOPE (Batalhão de Operações Policiais Especiais) da Polícia Militar e da Desarme (Delegacia Especializada em Armas, Munições e Explosivos) da Polícia Civil no Complexo do Alemão resultou em 13 (treze) mortes, interrupção da energia elétrica por 24 horas e impediu a ajuda humanitária de entrega de doações de alimentos, água e material de higiene e limpeza, além de causar destruição e terror aos moradores em plena quarentena na pandemia. Policiais levaram 5 corpos para o hospital, a pretexto de prestar socorro, repetindo a prática de desfazimento da cena das mortes, e prejudicando a realização de perícia de local. Outros 5 corpos foram levados pelos próprios moradores da parte alta do morro para a via principal, pois a polícia se recusou a removê-los, tendo sido removidos somente à noite. Movimentos sociais e ativistas, como Raul Santiago e Rene Silva reportaram, ainda, ter recebidos relatos de torturas, invasões de domicílio e danos patrimoniais provocados pelo “caveirão” () Em 18 de maio de 2020 apenas três dias após a chacina do Alemão uma operação da Polícia Federal com apoio das polícias fluminenses, especialmente da CORE (Coordenadoria de Recursos Especiais) da Polícia Civil, foi realizada na Praia da Luz, Ilha de Itaoca, na cidade de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro. A operação, que contou com veículos blindados e aeronaves, resultou na morte de João



Pedro Mattos Pinho, de apenas 14 anos de idade. O menino estava na casa de sua tia, na companhia de seu primo da mesma idade e outros quatro adolescentes, quando a casa foi invadida por policiais com disparos de arma de fogo – foram contadas mais de 70 marcas de tiros – e explosivos, vindo a ser atingido por tiro de fuzil. Em seguida, dois jovens que estavam na casa levaram o corpo do menino até o helicóptero policial, que o conduziu a uma base de operações aéreas na zona sul do Rio de Janeiro, mas já chegou morto. À família não foi permitido sequer acompanhar o traslado na aeronave, tendo permanecido por horas sem qualquer informação sobre o paradeiro do menino. A procura por João Pedro mobilizou uma campanha nas redes sociais, com a hashtag #procurasejoaopedro no Twitter, com mais de 140 mil postagens com a frase compartilhada. Somente à noite a família foi comunicada da morte e, na manhã do dia seguinte, foi localizado e reconhecido o corpo de João Pedro no Posto Regional de Polícia Técnica e Científica do Município de São Gonçalo. (...) No mesmo dia da morte de João Pedro, por volta das seis horas da manhã, policiais do BOPE e do Batalhão de Choque da Polícia Militar iniciaram operação na Favela de Acari. Segundo Buba Aguiar, integrante do coletivo Fala Akari, “[f]oi uma operação de um cunho bem violento. A gente recebeu algumas mensagens de moradores falando sobre invasões de domicílios, agressões físicas a moradores”. Na ocasião, Iago César dos Reis Gonzaga, de 21 anos, foi morto por agentes de segurança. De acordo com moradores, o jovem negro foi torturado em um beco, baleado, depois enrolado em um lençol e levado por policiais.” O Partido afirma, ainda, que o número de operações policiais vem crescendo no Estado do Rio de Janeiro desde abril de 2020 e que também tem aumentado a letalidade policial. É, em síntese, o relato. Decido. Tendo em conta que o julgamento da medida cautelar está suspenso em virtude do pedido de vista do e. Ministro Alexandre de Moraes, restrinjo-me, por ora, ao exame do requerimento para que as operações policiais somente sejam feitas nos casos de estrita necessidade, devidamente comprovadas. O pedido de medida cautelar, tal como formulado na inicial, será, a tempo e modo, apreciado pelo Colegiado, seja a partir do voto deste Relator, seja em extensão maior. Quanto ao pedido incidental, anoto, inicialmente, que as condicionantes indicadas no pedido de medida cautelar são, em verdade, meros requisitos de proporcionalidade, quando do emprego da força pelo Estado. Vale dizer: o uso da força só é legítimo se for comprovadamente necessário para proteção de um bem relevante, como a vida e o patrimônio de outras pessoas. A exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de proteção ao direito à vida e à integridade corporal e encontra respaldo nos Princípios Básicos das Nações Unidas para o Uso da Força: “Sempre que o uso legítimo da força e de armas de fogo for inevitável, os responsáveis pela aplicação da lei deverão: (a) Exercer moderação no uso de tais recursos e agir na proporção da gravidade da infração e do objetivo legítimo a ser alcançado; (b) Minimizar danos e ferimentos, e respeitar e preservar a vida humana; (c) Assegurar que qualquer indivíduo ferido ou afetado receba assistência e cuidados médicos o mais rápido possível; (d) Garantir que os familiares ou amigos íntimos da pessoa ferida ou afetada sejam notificados o mais depressa possível.” É preciso acrescentar que o uso da força letal não se confunde com uso intencional da força letal, isto é, o uso com o objetivo de retirar a vida de alguém. Devem, pois, ser ainda mais rígidas as condições para emprego de força letal. Como estabelece o Princípio 9, o uso intencional letal de arma de fogo só pode ser feito quando estritamente indispensável para proteger a vida do agente ou de outros. E, nessas circunstâncias, é necessário, ainda, que o agente do Estado (a) identifique-se inequivocamente como tal; e (b) alerte que irá utilizar a arma de fogo, dando tempo para que a pessoa respeite o comando, salvo quando, pelas circunstâncias concretas, tal aviso aumente os riscos para outras pessoas ou seja nitidamente sem propósito. A garantia da observância desses procedimentos é também estabelecida nos Princípios. Os Estados devem prever uma escala com diversos protocolos sobre o uso da força, devem rever esses protocolos constantemente e devem, ainda, treinar os seus agentes de modo a assegurar a eles pleno conhecimento e condições técnicas para observá-los estritamente. Essas regras devem (a) especificar as circunstâncias nas quais os agentes poderão portar armas e a descrição de quais armas e munições poderão ser portadas; (b) assegurar que as armas sejam utilizadas apenas em situações apropriadas e de modo a reduzir danos desnecessários; (c) proibir o uso de armas e munições que causem dano injustificável ou que apresentem riscos injustificáveis; (d) regular o controle, o depósito e a entrega das armas aos agentes, de modo a certificar-se que são eles responsáveis pelas armas que lhes foram entregues; (e) dar avisos sempre que a arma foi disparada; (f) manter um sistema de relatórios para que os agentes possam justificar sempre que a arma foi utilizada. Nesse último ponto reside uma garantia indispensável, ainda que posterior, à utilização da arma de fogo. Os agentes de Estado devem minudentemente justificar todas as circunstâncias que os levaram ao emprego da arma e devem demonstrar que a exceção de seu emprego está plenamente justificada pelas circunstâncias do caso. Esses relatórios devem ser examinados por autoridade independente e, em casos de letalidade, devem ser enviados imediatamente à revisão. São, portanto, extremamente rígidos os critérios que autorizam o uso legítimo de força armada por partes dos agentes de Estado. Esses critérios não podem ser relativizados, nem excepcionados. São critérios objetivos e, tal como assentou a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Graham v. Connor* (490 U.S. 386 (1989)), independem de eventual boa fé por parte dos agentes



públicos. Não há como evitar os protocolos de conduta para o emprego de armas de fogo. O direito à vida os reclama. Exigem que o Estado somente empregue a força quando necessário e exigem a justificativa exaustiva dessas razões. Os protocolos previamente estabelecidos são o guia a ser seguido, pois, de forma transparente e responsável, definem em que situações o uso progressivo da força se tornará legitimado, ao mesmo tempo em que permitem a avaliação das justificativas apresentadas pelos agentes quando do emprego da força. Registre-se que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, não apenas pela violação às regras mínimas de uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo. A situação narrada pelo pedido incidental demonstra especial gravidade da omissão do Estado brasileiro. O reconhecimento da emergência sanitária internacional obrigou os entes da federação a adotarem medidas rígidas de controle epidemiológico como quarentena e isolamento. Se, como atesta a decisão da Corte Interamericana, os protocolos de emprego da força já eram precários, em uma situação de pandemia, com as pessoas passando a maior parte do tempo em suas casas, eles se tornam, acaso existentes, de utilidade questionável. Operações policiais realizadas em locais de grande aglomeração ficam ainda mais arriscadas e fragilizam a já baixa accountability que deveria pautar a atuação de todos os agentes públicos. Os fatos recentes tornam ainda mais preocupantes as notícias trazidas sobre a atuação armada do Estado nas comunidades do Rio de Janeiro. Essa preocupação decorre da ilegítima quebra de expectativa de que, com a decisão da Corte Interamericana, novas mortes não viessem a ocorrer. Como se sabe, uma das consequências que emerge do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado é a garantia de não-repetição (Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentença de 1º de julho de 2011. Serie C No. 227. Par. 145). Assim, é justo que se espere que, a partir da condenação do Estado brasileiro, medidas concretas sejam adotadas para evitar que os lamentáveis episódios de Nova Brasília não se repitam. Não é esse, infelizmente, o quadro trazido pelo Partido requerente. Muito embora os atos narrados devam ser investigados cabalmente, nada justifica que uma criança de 14 anos de idade seja alvejada mais de 70 vezes. O fato é indicativo, por si só, que, mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição. Ante o exposto, defiro a medida cautelar incidental pleiteada, ad referendum do Tribunal, para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária. Publique-se. Intime-se. Brasília, 5 de junho de 2020. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DO BRASIL

Jurisprudência 5

III. Título:

Negação de pedido de extradição de cidadão turco, acusado de terrorismo em seu país de origem. (STF Distrito Federal, Brasil 2019.08.06 EXT 1578).

IV. Síntese Jurídica:

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, negou o pedido de extradição de Ali Sipahi, apresentado pelo governo da Turquia, que alegou que o cidadão, naturalizado brasileiro, seria integrante de uma organização terrorista. Na decisão, o colegiado afirmou que a extradição de Sipahi não teria respaldo na legislação brasileira.

O STF entendeu que haveria três óbices jurídicos à extradição de Ali Sipahi.



O primeiro óbice seria a ausência da dupla tipicidade (tipificação da conduta criminosa pelos ordenamentos jurídicos turco e brasileiro), eis que a lei de terrorismo brasileira, Lei nº 13.260 de 2016, é posterior aos fatos, ocorridos no período de dezembro de 2013 a dezembro 2014, e portanto inaplicável.

O segundo óbice ao deferimento do pedido de extradição refere-se à caracterização política da conduta delituosa imputada ao extraditando. Segundo jurisprudência assentada do STF, à míngua de legislação específica, os crimes políticos são aqueles tipificados na Lei nº 7.170/83, que prevê os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social. Nessa linha de interpretação, as condutas imputadas ao réu estariam previstas na lei de segurança nacional e, *ipso facto* seriam também caracterizadas como crime político.

O terceiro óbice diz respeito ao grande risco de submissão do extraditando a juízo ou tribunal de exceção na Turquia. O art. 82, VII, da Lei de Migração (Lei 13.445/2017) veda a concessão de extradição quando “o extraditando tiver que responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção”. Nesse sentido, o STF reconheceu que a Turquia vive um momento de instabilidade política, de modo que não haveria segurança de que ao extraditado seria assegurado um julgamento imparcial e por juiz independente.

A Defensoria Pública da União (DPU), procurada por cidadãos turcos residentes no Brasil preocupados com inúmeros pedidos de extradição por parte do governo do presidente Tayyip Recep Erdogan, requereu ao Supremo Tribunal Federal para atuar no caso de Ali Sipahi como *amicus curiae*.

V. Síntese dos Fatos

Ali Sipahi, cidadão turco naturalizado brasileiro, vive em São Paulo há 12 anos e é dono de um restaurante. Sipahi é casado com uma cidadã turca também naturalizada brasileira e tem um filho pequeno.

Em março de 2019, o Governo da Turquia apresentou pedido de extradição instrutória pela via diplomática em desfavor Ali Sipahi, imputando a ele fatos que teriam sido praticados na cidade Ancara e poderiam ser enquadrados, em tese, como atos de terrorismo. Com efeito, o Governo da Turquia afirmou que Sipahi teria seguido ordens do líder da Organização Terrorista Armada Fetullah Güllen/A Estrutura de Estado Paralelo (FETÖ/PDY) e depositado dinheiro em sua conta pessoal no Bank Asya, banco da Organização, e, assim, contribuído para o financiamento dela. Segundo a legislação penal turca, a pena cominada ao crime em referência seria 7,5 a 15 anos de prisão.

Em razão do pedido de extradição, ao retornar de uma viagem aos Estados Unidos da América, ficou preso preventivamente, entre abril e maio de 2019. Posteriormente, foi ordenada sua soltura para aguardar o julgamento em liberdade, sob a condição do uso de tornozeleira eletrônica.

Jurisprudência 6

III. Título:

Declaración de constitucionalidad del Artículo 283 del Código de Proceso Penal, que determina la sentencia judicial condenatoria firme de acción penal como condición para el inicio del cumplimiento de pena. (STF Distrito Federal, Brasil 2019.11.07 ADC 43 44 y 54).



IV. Síntesis Jurídica:

El Plenario del Supremo Tribunal Federal (STF), por mayoría, juzgó procedentes de las acciones para asentar la constitucionalidad del Artículo 283 del Código de Proceso Penal (CPP).

De acuerdo con el STF, el artículo 283 de lo CPP, según lo cual “nadie podrá ser preso sino en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada da autoridad judicial competente, como consecuencia de la sentencia condenatoria en sentencia firme, o, en curso de investigación o de lo proceso, en virtud de prisión temporaria o prisión preventiva”, está de acuerdo con el principio de la presunción de inocencia, garantía prevista en el Artículo 5º, inciso LVII, da Constitución Federal. Lograran los ministros por considerar que la ejecución de la sentencia después de la condena en segunda instancia no violaría el principio de presunción de inocencia.

Según el voto del Ministro Relator en el caso: “La Constitución de 1988 consagró la excepcionalidad de la detención en el sistema penal brasileño, especialmente en lo que se refiere a la supresión de la libertad preventiva de la sentencia firme. La norma es establecer que, en virtud de un acto judicial previo al juicio, en ejecución de la sentencia, no es admisible una forma provisional [...] El abandono del significado inequívoco del texto constitucional genera perplejidades, dada la situación que se ha transmitido: se pretende declarar la constitucionalidad del precepto que reproduce el texto de la Constitución Federal.”

La Defensoría Pública da União actuó como amicus curiae en este caso, sosteniendo la constitucionalidad del artículo 283 de lo CPP.

V. Síntesis de los hechos:

Tres Acciones Declaratorias de Constitucionalidad (ADC) han sido presentadas por el Partido Ecológico Nacional (PEN, ahora Patriota), por el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil (OAB) y el Partido Comunista de Brasil (PCdoB), contra la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia antes de que se hayan agotado todas las posibilidades de apelación (sentencia firme).

En el ADC presentado por el Partido Ecológico Nacional, se postuló definitivamente la declaración de constitucionalidad del artículo 283 del Código de Proceso Penal. Sucesivamente, que el precepto se establezca compatible con la Constitución Federal mientras persista el estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario brasileño o hasta el examen definitivo de la denuncia de incumplimiento del precepto fundamental Nº 347. Todavía en forma sucesiva, se pretendía que la interpretación conforme a la Constitución sustituyera la prisión, antes de la preclusión mayor, por las medidas alternativas descritas en el artículo 319 del Código de Proceso Penal, durante el tiempo en que se mantenía el mencionado estado de cosas inconstitucional. Se solicitó, sucesivamente, que cualquier reconocimiento de la inconstitucionalidad del precepto en cuestión sólo alcanzara decisiones condenatorias relativas a hechos posteriores a la valoración de esta acción o al hábeas del nº 126.292.

En vista de la coincidencia de los objetos, el STF ordenó que este caso se uniera a los ADC 44 y 54, para un juicio conjunto.



DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE Y ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PENALES PÚBLICOS DE CHILE

Jurisprudência 7

Corte Suprema acoge recurso de nulidad, ello en virtud de que entiende que se ha realizado una errónea aplicación del derecho al preferir la aplicación del 369 quáter. (CS 2020.01.08 ROL 26.887-2019)

Norma: CPP ART. 373 letra b; CPP ART. 385; CPR ART. 19 N°3; CP ART. 18; CP ART. 369 quáter; CP ART. 369 quinquies; CP ART. 366 ter; CP ART. 366 bis; CP ART. 93 N°6; CP ART. 361; L21160 ART. 1; L21160 ART. 5; L20084 ART. 5; L20084 ART. 2; L20084 ART. 1; CDN ART. 40 N°1.

Tema: Delitos sexuales; Causales de extinción responsabilidad penal; Responsabilidad penal adolescente

Descriptor: Abuso sexual; Ámbito temporal de la ley penal; Delito continuado; Delitos contra la indemnidad sexual; Derecho internacional; Ley penal favorable; prescripción de la acción penal;

SINTESIS. Corte Suprema decide acoger el recurso de nulidad deducido por la defensa, puesto que: (1) En la sentencia recurrida se aplicó erróneamente el derecho; Lo anterior se verifica, ya que: (2) la acción penal, y la pena, se encuentran prescritas, porque, respecto al recurrente, prima el estatuto especial establecido en la Ley de responsabilidad Penal Adolescente; Con lo anterior: (3) señalan que prefiere en su aplicación el artículo 5 de la ley 20.084, en desmedro del 369 quáter. Esto, en la práctica, significa que la prescripción corre desde que se produce el hecho, y no queda suspendida, como establece el 369 quáter, hasta que la víctima cumple la mayoría de edad. En contra, el Ministro Sr. Lagos esta por rechazar el recurso, puesto que: (1) El considera que el artículo 5 de la LRPA se refiere al término que debe transcurrir para que se cumpla la prescripción; (2) En cambio, el artículo del Código Penal se refiere al momento en que la prescripción comienza a correr, esto es, cuando la víctima menor de edad cumple los 18 años. (3) De lo anterior, concluye que ni la pena ni la acción penal se encuentran prescrito.

TEXTO COMPLETO

Sentencia Corte Suprema en que acoge el recurso

Santiago, ocho de enero de dos mil veinte.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, en los antecedentes RIT N° 75-2019, RUC N° 1501210042-3, condenó *–por decisión de mayoría–* al acusado **E.E.S.E** (*Adolescente a la fecha de ocurrencia de los hechos*) a sufrir una sanción de tres (3) años de libertad asistida especial, con programa de reinserción social, por su participación en calidad de autor del delito de abuso sexual reiterado, cometido en perjuicio de las víctimas menores de edad de iniciales K.G.L.S. y M.B.L.S., previsto y sancionado en el artículo 366 bis, en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal, perpetrado desde fines del año 2008 hasta mediados del año 2009, en la comuna de Colina.

La referida sentencia desestimó, además, la excepción de prescripción opuesta por la defensa del encartado.

En contra de dicho fallo, la Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso interpuesto se sustenta únicamente en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Lo anterior, en relación con lo preceptuado en los artículos 93 N° 6, 94, 95, 18 y 369 quáter del Código Penal y 5 de la Ley N° 20.084.

Se expone en el arbitrio que el tribunal incurrió en un error de derecho al estimar como constitutivo de delito el hecho que dio por acreditado, básicamente porque la denuncia de los hechos *-ocurridos entre fines 2008 y mediados del 2009-* se realizó en el año 2015 y la formalización de la investigación se llevó a cabo recién el 30 de agosto de 2018, por lo que, tratándose de una sanción de simple delito, desde la época de los hechos hasta la formalización *-actuación procesal que marca la suspensión de la prescripción-*, transcurrieron más de ocho años. Explica que, incluso si se considera que se trata de dos delitos en carácter de reiterados y estimáramos que se enmarcan en una sanción de crimen, aun así se excedería el límite máximo de prescripción que contempla el artículo 5 de la Ley N° 20.084.

Refiere el impugnante que de la lectura de los artículos 1 y 5 de la N° 21.160, publicada en el Diario Oficial, el 18 de julio de 2019, se desprende que las modificaciones introducidas por éstas al Código Penal, referidas a la oportunidad desde la se inicia el cómputo de la prescripción de la acción penal en el caso de delitos sexuales, no son aplicables a los adolescentes, por lo que los sentenciadores del grado yerran cuando dan aplicación al artículo 369 quáter del Código Penal y distinguen en orden a indicar que la norma del artículo 5 de la ley N° 20.084 sólo establece un plazo diverso, pero no indica desde cuando computar el plazo de prescripción, como si lo hace el artículo 369 quáter del Código Punitivo.

Arguye que el tribunal debió haber aplicado dicha normativa, más favorable al encartado, en razón del mandato contenido en el artículo 19 de la Constitución Política de Chile, precepto que indica que *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*

Indica que como corolario de dicha garantía, es que el artículo 18 del Código Penal establece, en su inciso 2°, que: *“Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”*. Finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte la respectiva sentencia de reemplazo, en la que se establezca la concurrencia de la causal de extinción de responsabilidad penal del artículo 93 N° 6 del Código Penal respecto de su representado.

SEGUNDO: Que los hechos establecidos por la sentencia recurrida son los siguientes: *“En días y horas indeterminados, a fines del año 2008 hasta mediados del año 2009, en el domicilio ubicado en XXX, Población Santa María, comuna de Colina, E.E.S.E, tocó con sus manos la vagina y el pecho y pasó su pene por el cuerpo de la víctima de iniciales K.G.L.S., nacida el 4 de octubre de 2002, de 6 años de edad a la época de inicio de los mismos y; tocó con sus manos su vagina, pechos y glúteos, y pasó su pene por el cuerpo de la víctima de iniciales M.B.L.S., nacida el 5 de marzo de 2004, de 4 años de edad a la época de inicio de los hechos”*. Las circunstancias fácticas antes relatadas, fueron calificadas por los sentenciadores del grado como constitutivos del delito de abuso sexual reiterado, previsto y sancionado en el artículo 366 bis, en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal.



TERCERO: Que el recurso en estudio denuncia una errónea aplicación del derecho al haber desestimado por los sentenciadores la excepción de prescripción alegada por la defensa, puesto que el recurrente entiende que en el caso de autos, tratándose de un imputado que a la fecha de comisión de los delitos investigados era adolescente, prima a su respecto – *por especialidad*- el estatuto contenido en la Ley N° 20.084, por sobre lo previsto en el artículo 369 quáter del Código Penal.

CUARTO: Que la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, fijó un régimen jurídico para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, limitada esta última con el trámite del discernimiento, que se aplicaban en nuestro país antes de la dictación del aludido cuerpo normativo, fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más benigno en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No se trata, por ende, de una normativa meramente adjetiva.

QUINTO: Que este nuevo sistema o régimen de responsabilidad, se cimentó en torno a principios sobre los cuales esta Corte ya se ha extendido bastante en decisiones anteriores, por lo que sólo cabe traer a colación para lo que aquí interesa, que este sistema, en obediencia al artículo 40 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño (*Berrios, ob. cit., pp. 165-166, identifica el proceso de adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, como el factor predominante, tanto en el proceso pre-legislativo, como en el proceso propiamente parlamentario de elaboración de la nueva legislación*), debe tratar a los niños infractores de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, objetivo para el cual *-según prescribe el artículo 2° de la Ley N° 20.084-*, en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior de éstos, expresado en el reconocimiento y respeto de sus derechos (Sentencias Corte Suprema Rol N° 2995-12 de 18.04.2012; Rol N° 5012- 12 de 04.07.2012; Rol N° 4760-2012 de 31.07.2012; y Rol N° 7670-12 de 13.12.2012).

SEXTO: Que por lo expuesto, la Ley N° 20.084 debe ser mirada como un conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos.

La conclusión anterior plantea el desafío de dilucidar entonces, cómo se concilia este sistema o régimen especial, con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.084, cuando dispone que *“en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.”*

De este modo y del examen de esta última norma, es posible advertir que el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter *“supletorio”* respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084. Por tanto, deberá acudir a dichas disposiciones sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto foráneo en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contraríe no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (*Sentencia Corte Suprema Rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013*).



SÉPTIMO: Que ahora, atentos a lo que se ha señalado, cabe recordar que el artículo 369 quáter del Código Penal –*suprimido por la Ley N° 21.160 de 18 de julio de 2019, la que a su vez incorporó el artículo 369 quinquies, norma de similares características a la que se eliminó*–, establecía una regla de suspensión para dar inicio al cómputo del plazo de prescripción de la acción penal que busca proteger a los menores de edad que han sido víctimas de los delitos previstos en los artículos 361 y siguientes del cuerpo legal en referencia, pero no debe perderse de vista que dicho precepto integra un régimen de responsabilidad de adultos, contenido en una ley penal de carácter general, no dirigida a individuos determinados.

OCTAVO: Que, a su vez el artículo 5 de la Ley N° 20.084, dispone expresamente que *“La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses”*.

NOVENO: Que, por lo expuesto, tal y como lo ha sostenido con anterioridad esta Corte en los pronunciamientos Rol N° 20.755-2018, de 16 de octubre de 2018 y Rol N° 21.473-2019, de 13 de septiembre de 2019, encontrándose en la Ley N° 20.084, una disposición que señala de forma expresa cómo debe contarse el plazo de prescripción de la acción penal para los adolescentes infractores, por el principio de especialidad que la rige, es el artículo 5° del compendio normativo antes referido el que debe ser aplicado al caso de autos, habiéndose cumplido en las oportunidades señaladas por el recurso, el plazo de cinco años contemplado en dicha normativa para declarar la prescripción de la acción penal.

DÉCIMO: Que, por lo demás, debe tenerse en consideración, para reafirmar lo antes argumentado, la regla contenida en el artículo 18, inciso 2°, del Código Penal, que mandata hacer aplicación de la ley más favorable promulgada *“después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término”*, siendo aquella en la especie la contenida en el artículo 5 de la antes citada Ley N° 21.160, precepto que establece expresamente que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes sujetos a la Ley N° 20.084, excluyendo de tal modo, la aplicación a su respecto del artículo primero transitorio de la tantas veces citada Ley N° 21.160, que mantiene vigente el artículo 396 quáter del Código Penal en lo tocante a los ilícitos cometidos con anterioridad a su publicación.

UNDÉCIMO: Que de lo razonado cabe concluir que en estos antecedentes, como se ha dicho, debe prevalecer el precepto contenido en el cuerpo legal especial *-artículo 5 de la Ley N° 20.084-* por sobre aquél que se consagra en el Código Penal, en razón de ello es posible concluir que existe un error de derecho al desestimar la excepción planteada por la defensa del condenado. De esta forma el yerro denunciado ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al imponer una pena toda vez que, en la especie, se encontraba de sobra cumplido el plazo para declarar la prescripción de la acción penal, lo que conduce a acoger el recurso de nulidad promovido por la defensa del sentenciado basado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal; quedando en consecuencia anulado el juicio y la sentencia, dictándose acto seguido la de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 b) y 385 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en favor del acusado **E.E.S.E** y, por lo tanto, se anula la sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, pronunciada en la causa RIT 75-2019, RUC N° 1501210042-3, por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Colina y se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad intentado por la defensa del sentenciado Sandoval Espinoza, teniendo presente para ello los siguientes fundamentos:

1.- Que el artículo 369 quáter del Código Penal, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, disponía que en el caso de los delitos de abuso sexual y violación en que las



víctimas sean menores de edad, el plazo de prescripción comenzará a correr para el ofendido, al momento que cumpla 18 años; por su parte el artículo 5° de la Ley 20.084, establece que la acción penal y la pena respecto de los delitos que cometan adolescentes sometidos a dicha ley, prescriben en el caso de los crímenes, en 5 años, contados desde la comisión del ilícito.

2°.- Que las situaciones reguladas en las normas precedentemente enunciadas, son eminentemente distintas, ya que la establecida en la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente indica el término que debe transcurrir para que se entienda prescrita la acción penal y la pena, mientras que la consagrada en el Código Penal, se refiere a la oportunidad en que aquella empieza a correr cuando se trata de víctimas menores de edad, entendiendo que mientras ello no ocurra el término extintivo se encuentra suspendido; lo cual importa una forma especial de atender al interés superior del niño, que en este caso es la víctima.

3°.- Que, en estos antecedentes conforme se señala expresamente en el fallo en estudio, los ofendidos nacieron en los años 2002 y 2004, respectivamente, por lo que, al no haber alcanzado aún la mayoría de edad, el término de prescripción se encuentra suspendido, de conformidad a lo que disponía el artículo 369 quáter del Código Penal.

4°.- Que por lo expuesto y de acuerdo a lo antecedentes arribados al proceso, es posible concluir que conforme a lo que disponía el tantas veces citado artículo 369 quáter, el término de prescripción contenido en el artículo 5° de la Ley 20.084, al momento dirigirse el procedimiento contra el imputado y verificarse su formalización el 30 de agosto de 2018, no había comenzado a correr respecto de las víctimas, por lo que la petición de la defensa de acoger la excepción de prescripción no puede prosperar y debe ser desestimada.

5°.- Que es pertinente consignar que si bien la Ley N° 21.160, de 18 de julio de 2019, estableció la imprescriptibilidad para la persecución de determinados delitos *-entre ellos el que se ha determinado en estos antecedentes-* y derogó el artículo 369 quáter del Código Penal, ese mismo cuerpo legal, en su artículo transitorio dispone que para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esa ley *-cuyo es el caso ventilado en esta causa-*, continuará vigente dicho artículo 369 quáter, por lo que no corresponde a estos disidentes hacer relación, por ahora, a los efectos de aquella ley al razonar sobre su decisión.

Regístrese.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, y de la disidencia, su autor.

Rol N° 26.887-2019

Sentencia de reemplazo

Santiago, ocho de enero de dos mil veinte.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, pronunciada en los autos RIT 75-2019, RUC N° 1501210042-3, por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Colina, con excepción de sus fundamentos duodécimo a décimo octavo, que se eliminan. Asimismo, se reproducen los motivos cuarto a décimo del fallo de nulidad que antecede.

Considerando:

1°) Que los hechos que han dado origen a esta investigación, según se establece en la acusación presentada por el Ministerio Público, acaecieron entre fines del año 2008 y mediados del año 2009.

Por su parte la formalización la investigación respecto de Emerson Eladio Sandoval Espinoza, se verificó el día 30 de agosto de 2018, previa denuncia de los hechos ocurrida el día 10 de abril de 2015.

2°) Que el imputado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 96 del Código Penal, de acuerdo a la prueba rendida en la oportunidad procesal pertinente por la defensa del encausado, acompañando su extracto de filiación y el informe de salidas y entradas del país, emitido por el departamento de Extranjería de la Policía de Investigaciones de Chile.

3°) Que por lo expuesto, habiendo transcurrido el término consagrado en el artículo 5° de la Ley N° 20.084, esto es, más de 5 años desde la fecha de ocurrencia de los hechos, hasta la formalización del imputado, no cabe sino acoger la excepción de prescripción deducida por la defensa.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 93, 95, 96, 100 y 101 del Código Penal, artículos 250, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

Se absuelve a **E.E.S.E** de la acusación deducida en su contra en causa RIT 75-2019, RUC N° 1501210042-3, del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Colina, por encontrarse extinguida su responsabilidad penal respecto de los delitos que fueron materia de la referida acusación al haber transcurrido el plazo de prescripción respectivo.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos, quien en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvo por sancionar al acusado en la forma que lo hace la sentencia impugnada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, y de la disidencia, su autor.

Rol N° 26.887-2019

Jurisprudência 8

Santiago, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de dieciocho de julio de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en el Ingreso Corte N° 343-19.

No obstante lo anterior, y actuando de oficio esta Corte, en uso de sus facultades propias, se deja sin efecto la resolución de pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 3 de julio de 2019, en el ingreso N° 1579-19 en cuanto mantuvo la pena accesoria de incorporación de la huella genética del imputado adolescente en el Registro Nacional de ADN de condenados, conforme al artículo 17 de la Ley N° 19.970, y en su lugar se revoca en lo apelado la sentencia de 11 de junio de 2019 dictada por el 10° Juzgado de Garantía de Santiago en los autos Rit N° 1307-19 en tanto por ella se dispuso la referida sanción accesoria y en su lugar se decide que Job Leandro Soto Hernández no queda condenado a ella, teniendo para ello lo siguiente:

1°.- Que la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de



ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

2°.- Que los señalados criterios normativos son recogidos en la ley ya referida y generan un conjunto de derechos que legitiman la reacción penal. Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es -brevemente- sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos.

3°.- Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria.

4°.- Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley N° 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente -esto es al estatuto penal especial-, no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes. En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente. En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores. Toda vez que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor, toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría.

5°.- Que, en concepto de esta Corte, todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente Job Leandro Soto Hernández, la obligación de tomarle muestras biológicas para incorporarlas al registro respectivo, importa una afectación a su respecto, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso, amenazándose en forma concreta la garantía la libertad personal del amparado, lo que hace a todas luces procedente el recurso aquí interpuesto. Regístrese y devuélvase.

Rol N° 20.878-19.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R. y Abogado Integrante Jorge Lagos G. Santiago, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



ASOCIACIÓN DE DEFENSORES DE OFICIO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Jurisprudência 9

Sentencia Nro. 9/2020 IUE 599-3/2020

Tacuarembó, 24 de Enero de 2020

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: “PROCESO DE HABEAS CORPUS CORRECTIVO” IUE: 599-3/2020 .

RESULTANDO:

I) Que con fecha 21 de enero de 2020 se presentó ante esta Sede demanda iniciando proceso de Habeas Corpus Correctivo por parte de la Defensa del imputado Señor Fabio Leonardo Rodríguez Suárez en la que se denuncia que el recluso se encuentra privado de libertad por una causa que se tramita ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 5º Turno por un “Delito Continuado de Venta y negociación de Estupefacientes de cualquier modo” identificado con la IUE 599-121/2018. Que por Sentencia Definitiva N°76 de fecha 19/12/2019 se lo condenó a sufrir una pena de dos años y diez meses de penitenciaría , los que se cumplirían de la siguiente forma: ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo y dos años y dos meses de libertad vigilada. La pena de prisión efectiva vence el día 22 de marzo del año 2020.-

II) Se fundó por la Defensa la competencia de esta Sede para entender en el proceso iniciado, la que fue compartida por esta proveyente y cuya fundamentación se remite a lo ya expresado en el Decreto inicial N°26/2020 de fecha 21 de enero del corriente.-

III) Los hechos en los que se sustenta la acción promovida responden a que el pasado 17 de enero de 2020 la madre del imputado se comunicó con el Defensor de su hijo, el Dr. Gamba (Defensor de Oficio) para ponerlo en conocimiento de que su hijo había sido trasladado desde la Unidad 4 – Santiago Vázquez, a la Unidad 3 Libertad y que estaría todo lastimado sin atención médica, pasándole un video por whatsapp de las condiciones en las que se encontraba recluido. En consecuencia la Defensa haciendo uso del instituto previsto en el artículo 351 y siguientes del NCPP inició el presente accionamiento y solicitó a la Sede que se adopten las medidas correspondientes a los efectos de que cesen las condiciones ilegítimas de reclusión en las que se encuentra el Señor Fabio Rodríguez. La Defensa alega contar con un video que le fue aportado donde se lo ve a su defendido visiblemente lastimado el que no pudo ser agregado en la instancia de presentación de la demanda y por ese motivo esta sentenciante en su Decreto inicial determinó que la grabación podría ser agregada por la Defensa en la audiencia que se fijó para el día de la fecha.

IV) En virtud de la demanda recibida y en cumplimiento de lo previsto por los artículos 351 y siguientes del NCPP se proveyó por Decreto 26/2020 de fecha 21 de enero del año 2020, adoptándose las medidas necesarias para llevar adelante el proceso de habeas corpus correctivo en legal forma, fijándose audiencia para el día de hoy.

V) En la audiencia del día de la fecha se recibió la declaración del Señor Fabio Rodríguez debidamente asistido por su defensa, de los representantes del Ministerio del Interior y de la Fiscalía Letrada Departamental de Tacuarembó de Segundo Turno.



CONSIDERANDO:

I) Que el objeto de este proceso consiste en la protección de la persona privada de libertad contra torturas y otros tratamientos crueles o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad de la persona humana. En tanto, el objeto de la prueba se delimitó de la siguiente forma: Consistirá en acreditar si se han cumplido los requisitos para que en su caso deban adoptarse medidas de protección por parte de esta Magistrada para hacer efectiva la previsión del artículo 351 in fine del NCPP.-

II) De la prueba diligenciada en el proceso, esto es, los informes agregados por los denunciados, la declaración del imputado y la filmación agregada en autos por la Defensa, se constató que Fabio Rodríguez se encontró efectivamente lesionado estando privado de libertad.

III) Se deja especial constancia que aunque fue dispuesto en el Decreto inicial por la suscrita médico forense para el imputado para que fuera valorado al momento de salir del centro de reclusión actual y previo a su ingreso a la dependencia correspondiente en Tacuarembó para que esta sentenciante contara con una valoración médica que dotara de garantías a todos los partícipes en el proceso, las mismas no fueron realizadas.

IV) Surge de la prueba por informe agregada por el Ministerio del Interior y por la declaración del Señor Fabio Rodríguez que efectivamente el día 12 de enero pasado ocurrió en la Unidad penitenciaria N°4 un incidente con los habitantes del sector B1- derecho. Donde de no haberse utilizado medios disuasivos por parte del personal policial hubieran podido correr riesgo de vida los funcionarios policiales y los propios reclusos. Nos remitimos al contenido de los informes agregados por el Ministerio del Interior y a las declaraciones de ambas partes que constan en el sistema AUDIRE.

V) Los hechos relatados en el numeral anterior fueron admitidos por el denunciante pero niega haber sido el agresor de algún funcionario policial y agregó que además de las medias correctivas utilizadas por la policía en el momento de los disturbios, una vez finalizados, cuando ya estaba controlada la revuelta, quedando únicamente él porque el resto de sus compañeros se había disipado, el personal policial lo tiró al piso y continuó golpéandolo, propinándole golpes de puño, patadas, golpes con palos donde se le fracturó una costilla. Que como consecuencia fue trasladado a la enfermería a donde fue conducido mediante golpes y retirado de la enfermería mediante los mismos medios por parte del personal policial que no supo identificar. Afirma que una vez trasladado al Penal de Libertad volvió a ser agredido físicamente.

VI) Debe considerarse en este caso la especial naturaleza de la acción promovida, que no cuenta esta Magistrada con informe de médico forense, que surge agregado en autos copia de certificado medico proporcionado por el Ministerio del Interior donde se constataron lesiones en el cuerpo de Rodriguez por medico de ASSE, habiéndose visto en audiencia por todos los comparecientes el video aportado por la Defensa del imputado, cabe que esta proveyente adopte las medidas que impone el proceso que hoy se tramite ante la situación denunciada.

VII) Que si bien fue reconocido por todas las partes que el personal policial actuó conforme lo establece su protocolo de actuación ante situación de desorden en centros carcelarios, no puede esta proveyente no tener por ciertos los hechos alegados por el denunciante en esta instancia, de los que surge que la autoridad carcelaria además de haber activado su protocolo agredió físicamente al imputado de forma ilegítima, enmarcándose la situación descrita dentro de lo previsto en el artículo 351 del NCPP.- Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto por las normas internacionales suscritas por nuestro país, por la Constitución de la República y por los artículos 351 y siguientes del NCPP, FALLO:

AMPÁRASE LA DEMANDA PROMOVIDA CONTRA EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y EL INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACIÓN Y EN SU MÉRITO, SE LE IMPONE LA



OBLIGACIÓN DE CESAR DE FORMA IMEDIATA CUALQUIER ACTO U OMISIÓN QUE ATENTE DE FORMA ALGUNA CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA DIGNIDAD HUMANA DEL SEÑOR FABIO RODRIGUEZ, NO PUDIENDO RECIBIR NINGUN TIPO DE TORTURA, TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES EN EL CENTRO PENITENCIARIO DONDE SE ENCUENTRE CUMPLIENDO SU PENA DE PRISIÓN EFECTIVA.

ADÓPTENSE POR EL MINISTERIO DEL INTERIOR E INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACIÓN TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS A LOS EFECTOS DE QUE EL SEÑOR FABIO RODRIGUEZ SEA ALOJADO DE FORMA URGENTE EN UN CENTRO DE RECLUSIÓN DISTINTO AL N°3 Y N°4.

CÚMPLASE INMEDIATAMENTE, SI SE SOLICITAREN EXPÍDANSE TESTIMONIOS, PRACTÍQUENSE DESGLOSES Y OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.

***DRA. ERIKA VANESA REYES SOSA
JUEZ DE FERIA***

DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Jurisprudência 10



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Caracas, 22 de octubre de 2018

208° y 159°

Por escrito presentado el 25 de julio de 2018, el abogado William Alberto Ramos Aguilar, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 85.041; actuando en su carácter de Defensor Público Tercero con competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Casación Civil y Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la Resolución N° DDPG-2015-0119, de fecha 20 de febrero de 2015 *“de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 94.6 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, y al mandato contenido en el artículo 268 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrollado -entre otros por los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 8, 22 y 94 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública”*, en representación de los ciudadanos FRANCISCO SEIJAS PADILLA y JUAN SEIJAS PADILLA, titulares de las cédulas de identidad Nros. V-2.576.790 y 2.106.475, solicitó la ejecución de las sentencias N° 1277 del 7 de octubre 2009 y N° 970 del 27 de julio de 2015, dictadas por esta Sala Constitucional, y en consecuencia, les sea devuelta su vivienda.

Visto que por decisión N° 1277 del 7 de octubre 2009, al decidir el recurso de apelación interpuesto por el entonces Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), contra la sentencia N° 2007-000024 del 19 de enero de 2007, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró *con lugar* la demanda de amparo interpuesta por los ciudadanos Lorenzo Enrique Padilla y otros, contra la Junta Liquidadora del referido órgano administrativo, esta Sala dejó sentado en el dispositivo lo siguiente:

“PRIMERO: SIN LUGAR el recurso de apelación ejercido por el apoderado judicial de la Junta Liquidadora del Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI) contra la sentencia núm. 2006-002887, dictada, el 19 de enero de 2007, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.



SEGUNDO: CONFIRMA la sentencia núm. 2006-002887, dictada, el 19 de enero de 2007, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: en consecuencia, se declara CON LUGAR el amparo constitucional interpuesto por ciudadanos Lorenzo Enrique Padilla, Juan Ubaldo Seijas Padilla, Francisco Javier Seijas Padilla, Marcos Esteban Padilla (...), contra la Junta Liquidadora del Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI).

TERCERO: En virtud de la supresión del Instituto Autónomo Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI) en virtud de la Ley Especial de Supresión y Liquidación del Consejo Nacional de la Vivienda (G.O, Ext. núm. 5833 del 22 de diciembre de 2006), se **ORDENA** al Ministerio con competencia actual en la materia. Ministerio del Poder Popular de Obras Públicas y Vivienda, proceda en un lapso no mayor de treinta (30) días desde su notificación para que coordine la devolución del inmueble que fuera indebidamente despojado a los demandantes en amparo, ciudadanos Lorenzo Enrique Padilla, Juan Ubaldo Seijas Padilla, Francisco Javier Seijas Padilla, Marcos Esteban Padilla (...). Asimismo. **ORDENA** la reubicación de los terceros adquirente del inmueble, ciudadanos Daniel Alexander Becerra Jiménez y Elizabeth Reina de Becerra (...), correlativamente, en una vivienda de similares características, quienes a su vez deberán ceder a sus verdaderos propietarios el inmueble que habían adquirido del Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI).

CUARTO: ORDENA a la Secretaría de esta Sala remitir copia de la presente decisión a la ciudadana Fiscal General de la República y al ciudadano Contralor General de la República, a los fines de que inicien los procedimientos de instrucción y fiscalización con base en lo señalado en la motiva de este fallo. Igualmente, se remite copia certificada de esta decisión a fin de que el Ministerio Público analice a la luz del ordenamiento penal la venta del inmueble efectuada al CONAVI por la ciudadana Paula Marina Seijas Borregales (...), toda vez que se observa que con dicha transacción pudo haberse presuntamente cometido un delito contra la cosa pública, al obtenerse posiblemente un pago indebido proveniente de los fondos públicos destinados al sistema de vivienda de la Nación.

Publíquese y regístrese. Remítase copia de la presente decisión al Ministro del Poder Popular de Obras Públicas y Vivienda, a la Contraloría General de la República y al Ministerio Público. Cúmplase lo ordenado”.

Visto que, ante el incumplimiento de lo acordado en la decisión parcialmente transcrita, y en virtud de las peticiones elevadas ante esta Sala Constitucional por los ciudadanos FRANCISCO SEIJAS y JUAN SEIJAS, se dictó la sentencia N° 970 del 27 de julio de 2015, mediante la cual ordenó lo siguiente:

*“Visto que hasta la presente fecha, según lo alegado por los apoderados judiciales de los accionantes, y en atención a que no consta en el expediente que se haya realizado la devolución a los ciudadanos accionantes del inmueble descrito en autos, se **ORDENA** a la Secretaría de esta Sala Constitucional, que libre Oficio dirigido al hoy Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, a través del cual se le requiera información sobre las actuaciones llevadas a cabo por ese órgano tendentes*



al cumplimiento de lo ordenado en la sentencia N° 1277 dictada por esta Sala en fecha 7 de octubre de 2009, con la debida remisión de las copias que certifiquen dicho cumplimiento. Adjunto al referido oficio, anéxese copia certificada de la presente decisión, igualmente se deberá hacer mención expresa que el incumplimiento de la presente orden, dará lugar a la sanción estipulada en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

Visto que, consta en autos, que el 1° de junio de 2018, los ciudadanos FRANCISCO SEIJAS PADILLA y JUAN SEIJAS PADILLA, acudieron ante la Defensoría Pública ante las Salas Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia, solicitando asistencia jurídica para la ejecución de los fallos parcialmente transcritos *supra*, alegando que *“hasta la presente fecha no se ha dado cumplimiento a lo decidido, y [se encuentran] sin [su] hogar, pernoctando en casas de [sus] vecinos quienes han manifestado su solidaridad ante las injusticias de las cuales [han] sido víctimas”.*

Ahora bien, visto el incumplimiento por parte del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda de la orden impartida en la sentencia N° 970 del 27 de julio de 2015, atinente a la información requerida sobre las actuaciones llevadas a cabo por ese órgano tendentes a la ejecución de lo ordenado en la sentencia N° 1277 dictada por esta Sala en fecha 7 de octubre de 2009, y ante la advertencia que se le hiciera sobre la aplicación de la sanción estipulada en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala **IMPONE LA SANCIÓN DE MULTA** de cien (100) unidades tributarias al Consultor Jurídico (a) del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, los cuales deberán ser pagados en cualquier oficina receptora de fondos nacionales, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. El sancionado deberá acreditar el pago mediante la consignación del comprobante correspondiente ante esta Sala Constitucional. Así se declara.

Por otra parte, visto lo alegado por la Defensa Pública, actuando en representación de los ciudadanos Francisco Seijas Padilla y Juan Seijas Padilla, y, en atención a lo dispuesto en los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia a lo dispuesto en los artículos 10 y 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala **ACUERDA** comisionar al Juzgado de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que corresponda luego del respectivo sorteo, para que, en un plazo de cinco (5) días hábiles siguientes, contados a partir de la notificación de la presente decisión, ejecute sin más demora el amparo en los términos en que fue acordado en la decisión N° 2007-000024 del 19 de enero de 2007, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y confirmado por esta Sala mediante sentencia N° 1277 del 7 de octubre 2009, y en consecuencia, ponga en posesión de su vivienda a los ciudadanos Francisco Seijas Padilla y Juan Seijas Padilla, antes identificados, esto es, el inmueble identificado con el N° 175, y ubicado en la Calle San Rafael con Escalera Los Perros, Barrio Brisas de Propatria, Sector Propatria, Parroquia Sucre, Municipio Libertador del Distrito Capital, y al efecto, practique el desalojo de los ciudadanos Daniel Alexander Becerra Jiménez y Elizabeth Reina de Becerra, terceros adquirentes del inmueble indebidamente despojado a los solicitantes, previa notificación al Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda de la práctica de esta comisión.

El tribunal comisionado podrá requerir en forma directa la colaboración de



funcionarios de los cuerpos de seguridad y de orden público del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo informar de las resultas a esta instancia constitucional, en el término de cinco (5) días hábiles. El incumplimiento de lo aquí ordenado acarreará la sanción prevista en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, se ordena a la Secretaría de esta Sala Constitucional, oficiar al Juzgado de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en funciones de distribución, solicitándole lo indicado. Adjunto al referido oficio, anéxese copia certificada de la presente decisión y del fallo N° 1277 del 7 de octubre 2009 dictado por esta Sala.

Asimismo, se ordena a la Secretaría de esta Sala Constitucional notificar de la presente decisión al Consultor Jurídico (a) del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda.

Para el cumplimiento más expedito de lo dispuesto anteriormente, se ordena a la Secretaría de la Sala que, conforme a lo señalado en el artículo 91, numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, practique vía telefónica la notificación ordenada en el presente auto.

Publíquese, regístrese y cúmplase lo ordenado.

En Caracas a la fecha *ut supra*.

Presidente, JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

Vicepresidente, ARCADIO DELGADO ROSALES

Los Magistrados, CARMEN ZULETA DE MERCHÁN (**Ponente**)

GLADYS M. GUTIÉRREZ ALVARADO

CALIXTO ORTEGA RÍOS

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

La Secretaria, MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FLORES



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Magistrada Ponente: Doctora **FRANCIA COELLO GONZÁLEZ**

El 23 de marzo de 2018, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia dictó decisión núm. 84, mediante la cual acordó **NOTIFICAR** a la República de Argentina, conforme con lo establecido en el último párrafo del artículo 387 del Código Orgánico Procesal Penal, a través del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, del término perentorio de sesenta (60) días continuos con que contaba (luego de su notificación) para presentar la solicitud formal y la documentación judicial necesaria en el procedimiento de **EXTRADICIÓN PASIVA** de los ciudadanos **CARLA ROMINA PIPAÓN** y **FACUNDO RAMÍREZ**, ambos de nacionalidad argentina, identificados con el pasaporte AAD522801 y con la cédula de identidad para extranjeros E-84.608.316, respectivamente, requeridos por las autoridades judiciales de la República Argentina, según las Notificaciones Rojas Internacionales signadas con los alfanuméricos A-2698/3-2017 y A-2681/3-2017, respectivamente, emanadas de la Oficina Central Nacional de Buenos Aires (Interpol) República Argentina, las cuales fueron publicadas el 23 de marzo de 2017, emitida con fines de **EXTRADICIÓN PASIVA**, en atención a la Orden de Detención o Resolución Judicial expedida, el 29 de julio de 2016, por el Juzgado de Instrucción Número 01 de Goya, Provincia de Corrientes, en ocasión a la presunta comisión del delito de *"IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENOR CON SUS PADRES NO CONVIVIENTES"*, contemplado en la Ley 24.270, del país requirente.

Cumplidos, como han sido, los trámites procedimentales del caso, esta Sala de Casación Penal pasa a decidir en los siguientes términos:

I

ANTECEDENTES DEL CASO

Mediante oficio identificado con el número 00552, de fecha 30 de enero de 2018, la abogada Mary Belo Guillén, actuando con el carácter de Fiscal Auxiliar Interina Décima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, solicitó al Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del referido Estado, que de conformidad con las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, relativas al procedimiento de extradición, se



celebrara una audiencia oral en relación con los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, en virtud de la aprehensión realizada a dichos individuos por funcionarios de la División de Investigaciones de Interpol, adscritos a la Subdelegación Porlamar del estado Nueva Esparta, en fecha 30 de enero de 2018, a propósito de las Notificaciones Rojas identificadas con los alfanuméricos A-2698/3-2017 y A-2681/3-2017, respectivamente, emanadas de la Oficina Central Nacional de Buenos Aires (Interpol) República Argentina, las cuales fueron publicadas el 23 de marzo de 2017.

Anexo a dicho oficio se encuentran los documentos siguientes:

1) Comunicación identificada con el núm. 9700-0190-00552, de fecha 30 de enero de 2018, suscrita por el Comisario Jefe del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas de la Subdelegación de Porlamar estado Nueva Esparta, dirigida a la Sala de Flagrancia del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial de dicho Estado, mediante la cual se remiten las actas procesales, relacionadas con la aprehensión de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez.

2) Acta de fecha 30 de enero de 2018, mediante la cual se deja constancia de la aprehensión de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, por parte de funcionarios de la División de Investigaciones de Interpol del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas de la Subdelegación de Porlamar, estado Nueva Esparta, con ocasión a las Notificaciones Rojas Internacionales identificadas con los alfanuméricos A-2698/3-2017 y A-2681/3-2017, respectivamente, emanadas de la Oficina Central Nacional de Buenos Aires (Interpol) República Argentina, las cuales fueron publicadas el 23 de marzo de 2017.

3) Actas de derechos de los imputados, de fecha 30 de enero de 2018, suscritas por los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, y elaboradas por la División de Investigaciones de Interpol del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas de la Subdelegación de Porlamar, estado Nueva Esparta, dando cuenta de que le fueron leídos sus derechos, según lo exige el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 127 del Código Orgánico Procesal Penal.

4) Alertas Rojas Internacionales, identificadas con los alfanuméricos A-2698/3-2017 y A-2681/3-2017, respectivamente, emanadas de la Oficina Central Nacional de Buenos Aires (Interpol) República Argentina, las cuales fueron publicadas el 23 de marzo de 2017, en donde se requiere la detención preventiva con fines de extradición de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, a propósito de las órdenes de captura dictadas el 29 de julio de 2016, por el Juzgado de Instrucción N° 1 de Goya, Provincia de Corrientes de la República Argentina, por la presunta comisión de los delitos de “*impedimento de contacto de menor con sus padres no convivientes*”, para la ciudadana Carla Romina Pipaon y “*abuso sexual agravado e impedimento de contacto de menor con sus padres no convivientes*”, para el ciudadano Facundo Ramírez, previstos en la normativa penal argentina.

5) Comunicación identificada con el núm. 9700-01905-00539, de fecha 30 de enero de 2018, suscrita por el Comisario Jefe del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas de la Subdelegación de Porlamar estado Nueva Esparta, dirigida al Jefe del Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses (SENAMECF) de dicha circunscripción, por conducto del cual solicita se sirva ordenar lo conducente para que le sean practicados los reconocimientos físicos (exámenes físicos), a los ciudadanos detenidos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez.

6) Comunicación identificada con el núm. 9700-0190-00537, de fecha 30 de enero de 2018, suscrita por el Comisario Jefe de la División de Investigaciones de Interpol del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas de



la Subdelegación de Porlamar estado Nueva Esparta, dirigida al Jefe del Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses (SENAMECF) de dicha circunscripción, por conducto de lo cual solicita se sirva ordenar lo conducente para que le sean practicados los reconocimientos físicos (exámenes físicos), a las niñas de 10 años y 5 años cuyas identidades se omiten conforme con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

7) Entre los folios 26 y 31 del expediente, cursa Acta de la Audiencia Oral de Presentación, de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, realizada ante el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Nueva Esparta, en fecha 31 de enero de 2018. En este sentido, el tribunal expresó lo siguiente:

Que "... de las actas aportadas por el Ministerio Público se evidencia que los ciudadanos (sic) FACUNDO RAMIREZ (sic) esta (sic) siendo requerido por la Jurisdicción Extranjera específicamente de la Republica (sic) Argentina en virtud de la Difusión Internacional por el delito: Delitos Contra los Niños/Delitos Sexuales, según referencia número 2018/5906-1 de fecha 18-01-2018 (...) a solicitud de la (sic) Juzgado de Instrucción N° 1 de Goya Provincia de Corriente, República de Argentina de fecha 29-07-2016 y la ciudadana CARLA ROMINA PIPAON (sic) esta (sic) siendo requerida por la Jurisdicción Extranjera específicamente la de la Republica (sic) Argentina en virtud de la Notificación Roja Nro A-2681/3-17 de fecha 23 de Marzo, (sic) emitida (...) por el Delito (sic) de IMPEDIMENTO DE CONTACTO CON MENOR CON SUS PADRES NO CONNIVENTES (sic).

Que se "...ordena remitir mediante oficio a la secretaría (sic) de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia la petición de EXTRADICIÓN PASIVA...".

Que se "...acuerda en consecuencia que los ciudadanos anteriormente identificados queden detenidos preventivamente con las estrictas medidas de seguridad del caso, en la sede de la División de Investigaciones de INTERPOL del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas Porlamar...".

8) Entre los folios 40 al 54 del expediente, cursa escrito suscrito por la ciudadana Carla Romina Pipaón, dirigido a la Comisión Nacional para los Refugiados de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual, solicita protección –en virtud de haber denunciado en su país al ciudadano Lucio Tomasella quien fuera su pareja-como refugiada para ella y sus dos hijas cuyas identidades se omiten conforme con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siendo recibida por dicha Comisión el 13 de septiembre de 2016.

9) A los folios 55 al 63 del expediente, cursa pronunciamiento expedido por la Comisión Nacional para los Refugiados de fecha 6 de octubre de 2016, en la cual reconoce la condición de refugiado en la República Bolivariana de Venezuela de la ciudadana Carla Romina Pipaón y sus dos hijas cuyas identidades se omiten conforme con lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

10) Al folio 64 del expediente cursa escrito interpuesto por la abogada Mary Belo Guillén, actuando con el carácter de Fiscal Auxiliar Interina Décima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, en la cual solicita la revisión de la medida impuesta a la ciudadana Carla Romina Pipaón.

11) Entre los folios 68 al 71 del expediente cursa decisión de fecha 1° de febrero de 2018, emitida por el Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Nueva Esparta, mediante la cual, acordó la libertad plena de la ciudadana Carla Romina Pipaón.

12) El 5 de febrero de 2018, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en



Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Nueva Esparta, decretó la detención preventiva con fines de extradición de la ciudadana Carla Romina Pipaón (folios 76 al 78 de la primera pieza del expediente).

El 5 de marzo de 2018, la Secretaría de la Sala de Casación Penal emitió el oficio núm. 125 a la Jefa de la División de la Policía Internacional (INTERPOL) del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, solicitando remitir a esta Sala de Casación Penal la Notificación de Alerta Roja emitida por las autoridades de la República Argentina, relacionada con el delito de Abuso Sexual Agravado, presuntamente atribuido al ciudadano Facundo Ramírez (folio 129 de la primera pieza del expediente).

El 8 de marzo de 2018, el abogado Ciro Fernando Camerlingo Segura, Defensor Público Tercero para actuar ante las Salas Plena y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, actuando como defensor de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, consignó escrito mediante el cual adjuntó copia de la denuncia realizada el 18 de marzo de 2015 por la ciudadana Carla Romina Pipaón en contra del ciudadano Lucio Rodolfo Tomasella, ante el Juez de Instrucción Número 1 de Goya, Provincia de Corrientes de la República Argentina, por “...*un daño emocional constante (...) donde me acosa [y] tengo temor que me haga algo, aprovechándose de que actualmente me encuentro sola, de hecho es necesario mencionar que durante el tiempo que conviví con este hombre fui víctima de violencia de género, pero nunca denunciaba para preservar la familia...*” (folios 136 al 176 de la primera pieza del expediente).

El 13 de marzo de 2018, se recibe oficio 9700-094.-174, de fecha 9 de marzo de 2018, suscrito por la Comisaria General Ana Teresa Cruzco, Directora de Policía Internacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, mediante el cual da respuesta al oficio núm. 125, de fecha 5 de marzo de 2018, emitido por la Secretaria de esta Sala de Casación Penal, y adjunta la Notificación Roja A-2681/3-2017, de fecha 23 de marzo de 2017, publicada en contra del ciudadano Facundo Ramírez, en la cual se observa en el renglón “*Calificación del delito (...) Valor nuevo: sustracción (sic) de menor. Valor previo: IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENOR CON SUS PADRES NO CONVIVIENTES...*” y en la exposición de los hechos “*EL NOMBRADO SE HALLA IMPUTADO DE HABER COLABORADO CON SU PAREJA, CARLA ROMINA PIPAÓN, PARA QUE ESTA HUYERA DE SU DOMICILIO JUNTO CON SUS HIJAS MENORES EL 08/07/2016, PROPICIANDIO DE ESTA MANERA QUE LAS NIÑAS PERDIERAN TODO CONTACTO CON SU PADRE*” (folios 209 al 212 de la primera pieza del expediente).

El 23 de marzo de 2018, esta Sala dictó la decisión núm. 84, mediante la cual acordó notificar a la República Argentina del lapso de sesenta (60) días continuos que le fue otorgado a dicho país para presentar la solicitud formal de extradición y la documentación judicial necesaria.

En esa misma fecha la Secretaria de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Doctora Ana Yakeline Concepción de García, cumpliendo instrucciones del Magistrado Presidente de la Sala de Casación Penal, Doctor Maikel José Moreno Pérez, libró el oficio núm. 209, dirigido a la ciudadana Esquía Rubín Celis Núñez, Directora General de la Oficina de Relaciones Consulares del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante el cual remite la copia certificada de la decisión núm. 84, dictada por esta Sala.



El 3 de abril de 2018, se recibió oficio FTSJ-02-079-2018, de fecha 3 de abril de 2018, suscrito por la abogada Lizette Rodríguez Peñaranda, Fiscal Segunda Provisoria del Ministerio Público para actuar ante las Salas Plena, de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual remitió oficio 00FMP-79NN-103-2018 de fecha 21 de marzo de 2018, suscrito por los abogados Amis Mendoza Chávez y Jorge Hernández Mendoza, en su condición de Fiscal Provisoria y Fiscal Auxiliar Interino de la Fiscalía 79 Nacional Plena del Ministerio Público, respectivamente, mediante el cual informan que en fecha 7 de marzo de 2018, fueron comisionados por la Directora General para la Protección de la Familia y Mujer del Ministerio Público para intervenir en la causa penal signada con la nomenclatura MP-81192-2018, en la que figuran como imputados los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, ambos de nacionalidad argentina (folios 302 al 304 de la primera pieza del expediente).

El 9 de abril de 2018, se recibió oficio núm. 3718, de fecha 6 de abril de 2018, enviado por la ciudadana Esquía Rubín de Celis Núñez, Directora General de la Oficina de Relaciones Consulares del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante el cual remite original de la Nota Verbal 57/2018, del 3 de abril de 2018, proveniente de la Embajada de la República Argentina acreditada en Venezuela, contentiva de la solicitud formal de extradición pasiva de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, realizada por las autoridades argentinas, apreciándose únicamente que se adjunta copia de la "...*DETENCIÓN PREVENTIVA CON FINES DE EXTRADICIÓN...*" emitidas en fechas 15 y 19 de marzo de 2018, por el Juzgado de Instrucción Número 1 de la ciudad de Goya, Provincia de Corrientes de la República Argentina, en contra de los ciudadanos Facundo Ramírez y Carla Romina Pipaón, respectivamente, advirtiéndose la ausencia de alguna otra documentación adjunta a la referida solicitud de extradición formal (folios 3 al 30 de la segunda pieza del expediente).

En la misma fecha, se recibió oficio núm. 002935, suscrito por el Director Nacional de Migración y Zonas Fronterizas del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), mediante el cual indica que "... *la ciudadana CARLA ROMINA PIPAÓN, de nacionalidad Argentina (sic) pasaporte N° AAD522801, no aparece registrada en nuestro sistema de Movimientos Migratorios...*" (folio 32 de la segunda pieza del expediente).

El 26 de abril de 2018, se recibió en la Secretaria de esta Sala de Casación Penal, el oficio núm. 0418-0050, de fecha 25 de abril de 2018, suscrito por el Licenciado Juan Carlos Alemán Pérez, en su condición de Presidente de la Comisión Nacional para los Refugiados del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante el cual remite copia certificada del dictamen que acordó reconocer a la ciudadana Carla Romina Pipaón y su grupo familiar compuesto por sus hijas (niñas), la condición de Refugiadas en la República Bolivariana de Venezuela (folios 50 al 54 de la segunda pieza del expediente).

El 17 de mayo de 2018, se recibió vía correspondencia, el oficio DFGR-DAI-10-998-2018-15607, de fecha 14 de mayo de 2018, enviado por el abogado Álvaro Cabrera, Director de Asuntos Internacionales del Ministerio Público, mediante el cual informa a la Secretaria de esta Sala de Casación Penal que no existe investigación penal seguida a los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, según información aportada por los 24 Fiscales Superiores del Ministerio Público (folios 56 y 57 de la segunda pieza del expediente).



En la misma fecha, se recibió vía correspondencia, el oficio DFGR-DAI-10-1080-2018-16037, de fecha 17 de mayo de 2018, enviado por el abogado Álvaro Cabrera, Director de Asuntos Internacionales del Ministerio Público, mediante el cual informa a la Secretaria de esta Sala de Casación Penal que no existe investigación penal seguida a los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, según información aportada por la Dirección General Contra la Delincuencia Organizada del Ministerio Público, así mismo informa que “... *es importante mencionar, que esta Dirección se encuentra a la espera de respuesta por parte de las otras Direcciones Generales del Ministerio Público...*” (folio 59 de la segunda pieza del expediente).

El 12 de junio de 2018, se recibió oficio núm. 5853, de fecha 5 de junio de 2018, suscrito por la ciudadana Esquía Rubín de Celis Núñez, Directora General de la Oficina de Relaciones Consulares del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante el cual remite la Nota Verbal M.R.E.V. N° 76/2018, de fecha 30 de mayo de 2018, proveniente de la Embajada de la República Argentina acreditada ante la República Bolivariana de Venezuela, en la cual se adjunta la “...*SOLICITUD DE RATIFICACIÓN DE EXTRADICIÓN PASIVA...*” de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez (folios 113 al 159 de la segunda pieza del expediente).

El 2 de julio de 2018, con sujeción a lo consagrado en los artículos 26 y 49, numeral 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en conexión con los artículos 1° y 390 del Código Orgánico Procesal Penal, se celebró la correspondiente Audiencia Oral y Privada, a la cual asistió la abogada Desireé Alejandra Vitale de Arias, Fiscal Cuarta (Suplente) encargada de la Fiscalía Segunda del Ministerio Público para actuar ante las Salas Plena, de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien expuso sus alegatos y consignó un escrito contentivo de la opinión del Fiscal General de la República; el abogado Ciro Fernando Camerlingo Segura, Defensor Público Tercero para actuar ante las Salas Plena y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, actuando como defensor de los ciudadanos solicitados en extradición, quien expuso sus alegatos y consignó un escrito; los abogados Vanessa Carolina Peña Torres y Herbert Augusto Ortiz López, Apoderados Judiciales de la Embajada de la República Argentina, acreditada ante la República Bolivariana de Venezuela, quienes expusieron sus alegatos respecto a la procedencia de la presente solicitud de extradición y consignaron un escrito; y el Honorable señor Gibson Tomás Enrique, Tercer Secretario de la Embajada de la República Argentina, acreditada ante la República Bolivariana de Venezuela, en calidad de observador. Se les concedió el derecho de palabra a los solicitados Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, quienes hicieron uso del mismo. La Sala se acogió al lapso establecido en el artículo 390 del Código Orgánico Procesal Penal para dictar el fallo.

II

DE LOS HECHOS

Según consta en la Notificación Roja Internacional, signada con el alfanumérico A-2698/3-2017, de fecha 30 de enero de 2017, emanada de la Oficina Central Nacional de Buenos Aires (Interpol) República Argentina, la cual fue publicada el 23 de marzo de 2017, los hechos por los cuales es requerida la ciudadana Carla Romina Pipaón, son los siguientes:



“... Exposición de los hechos

| País | Fecha |
|-------------|---------------------|
| Argentina | 13 de junio de 2016 |

Exposición de los hechos

La nombrada abandonó su domicilio el 08/07/2016, llevándose consigo a sus hijas menores (...) (9 años) y (...) (4 años) Tomasella, sin la debida autorización del padre de las niñas y sin su consentimiento...”

Según consta en la Notificación Roja Internacional, signada con el alfanumérico A-2681/3-2017, de fecha 30 de enero de 2017, emanada de la Oficina Central Nacional de Buenos Aires (Interpol) República Argentina, la cual fue publicada el 23 de marzo de 2017, los hechos por los cuales es requerido el ciudadano Facundo Ramírez, son los siguientes:

“... Exposición de los hechos

| País | Fecha |
|-------------|---------------------|
| Argentina | 13 de junio de 2016 |

Exposición de los hechos

EL NOMBRADO SE HALLA IMPUTADO DE HABER COLABORADO CON SU PAREJA, CARLA ROMINA PIPAON (sic), PARA QUE ESTA HUYERA DE SU DOMICILIO JUNTO CON SUS HIJAS MENORES EL 08/07/2016 (sic), PROPICIANDO DE ESTA MANERA QUE LAS NIÑAS PERDIERAN TODO CONTACTO CON SU PADRE...”

III

DE LA COMPETENCIA

Previo a cualquier otra consideración, en forma preliminar, la Sala de Casación Penal debe determinar su competencia para conocer de la presente solicitud de Extradición y, al efecto, observa:

El numeral 1 del artículo 29 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone lo siguiente:

“Competencias de la Sala [de Casación] Penal

Artículo 29. *Son competencias de la Sala [de Casación] Penal del Tribunal Supremo de Justicia:*

1. Declarar si hay o no lugar para que se solicite o conceda la extradición en los casos que preceptúan los tratados o convenios internacionales o la ley”.

Por su parte, el artículo 390 del Código Orgánico Procesal Penal establece lo que se transcribe a continuación:

“Procedimiento.



Artículo 390. *Sólo cuando conste la documentación que soporte la solicitud formal de extradición del país requirente, el Tribunal Supremo de Justicia convocará a una audiencia oral dentro de los treinta días siguientes a la notificación del solicitado o solicitada. A esta audiencia concurrirán el o la representante del Ministerio Público, el requerido o requerida, su defensor o defensora y el representante del gobierno requirente, quienes expondrán sus alegatos. Concluida la audiencia, el Tribunal Supremo de Justicia decidirá en un plazo de quince días”.*

Del contenido del dispositivo legal primeramente transcrito, se observa que corresponde a la Sala de Casación Penal decidir acerca de si procede la solicitud de extradición de una persona que se encuentre en el extranjero, o de si se concede lo propio respecto de quien se encuentre en nuestro territorio; y del segundo artículo citado se concluye que también corresponde a la Sala señalar, en caso de que se hubiese requerido a la República Bolivariana de Venezuela una persona en extradición, pronunciarse, previa verificación y constatación de la documentación aportada, sobre la procedencia o no de la misma.

En consecuencia, le corresponde a la Sala de Casación Penal pronunciarse acerca de la procedencia o no de la extradición pasiva de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez. Así se establece.

IV

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

La Sala de Casación Penal, de conformidad con lo establecido en el artículo 266, numeral 9, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; artículo 29, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; artículo 6 del Código Penal; y los artículos 382 del Código Orgánico Procesal Penal y 386 y siguientes del mismo Código, pasa a decidir sobre la solicitud formal de extradición de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, ambos de nacionalidad argentinos e identificados en el expediente con el pasaporte AAD522801 y con la cédula de identidad venezolana para extranjeros E-84.608.316, respectivamente.

Respecto a la extradición, el Estado venezolano obra con un alto sentido de responsabilidad y acepta la extradición como una obligación conforme al Derecho Internacional, pero se reserva la posibilidad de concesión o denegación, previa constatación de los requisitos formales y materiales, así como del cumplimiento de las reglas previstas tanto en la normativa nacional como internacional pertinente.

Al respecto, son ilustrativas las palabras del autor patrio Tulio Chiossone:

“Punto discutido por autores de diversas tendencias, ha sido establecer el fundamento jurídico de la extradición. Para unos, es obligación que sólo puede surgir de un tratado; para otros, es independiente de cualquier convención entre los Estados. Según el derecho positivo venezolano, es necesaria o voluntaria. Necesaria, cuando el Estado está obligado a entregar al delincuente por haberlo convenido así el tratado especial.



Voluntaria, cuando es potestativo de él hacer la entrega". (Chiossone, Tulio: *Anotaciones al Código Penal Venezolano*, Tomo I, Edit. Sur América, Caracas, 1932, p. 89).

En cuanto a los fundamentos que rigen la extradición, los artículos 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 6 del Código Penal, 382 del Código Orgánico Procesal Penal y 386 y siguientes del mismo Código, recogen los principios básicos que pauta el derecho venezolano.

Así, encontramos que el artículo 6 del Código Penal, en relación con la procedencia de la extradición de extranjeros, establece lo siguiente:

"(...) La extradición de un extranjero no podrá tampoco concederse por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos, ni por ningún hecho que no esté calificado de delito por la ley venezolana.

La extradición de un extranjero por delitos comunes no podrá acordarse sino por la autoridad competente, de conformidad con los trámites y requisitos establecidos al efecto por los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela y que estén en vigor y, a falta de estos, por las leyes venezolanas.

No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua.

En todo caso, hecha la solicitud de extradición, toca al Ejecutivo Nacional, según el mérito de los comprobantes que se acompañen, resolver sobre la detención preventiva del extranjero, antes de pasar el asunto al Tribunal Supremo de Justicia".

El artículo 382 del Código Orgánico Procesal Penal refiere las fuentes de la extradición, en los términos siguientes:

"Fuentes

Artículo 382. *La extradición se rige por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República y las normas de este título*".

En el mismo sentido, cabe observar que entre la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela, no existe tratado bilateral de extradición, sin embargo, esta Sala de Casación Penal resolverá de acuerdo con las prescripciones del Derecho Internacional y el Principio de Reciprocidad, tomando para ello los diversos tratados de extradición suscritos por la República Bolivariana de Venezuela con otros países, los cuales por ser leyes vigentes en la República, son de aplicación supletoria.

A tal efecto, entre ellos, se encuentra el Código de Derecho Internacional Privado, suscrito por la República Bolivariana de Venezuela con motivo de la Sexta



Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de La Habana, el 20 de febrero de 1928, aceptado el 23 de diciembre de 1931 y ratificado el 12 de marzo de 1932, en cuyo Libro Cuarto, Título Tercero, se establece todo lo relativo a la extradición, en los términos siguientes:

*“(...) **Artículo 344.** Para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales, cada uno de los Estados contratantes accederá a la solicitud de cualquiera de los otros para la entrega de individuos condenados o procesados por delitos que se ajusten a las disposiciones de este título, sujeto a las provisiones de los tratados o convenciones internacionales que contengan listas de infracciones penales que autoricen la extradición (...)”.*

De igual forma, el mencionado cuerpo normativo, entre otras disposiciones, establece:

*“(...) **Artículo 345.** Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo (...)”*

***Artículo 351.** Para conceder la extradición, es necesario que el delito se haya cometido en el territorio del Estado que la pida o que le sean aplicables sus leyes penales de acuerdo con el libro tercero de este Código.*

***Artículo 352.** La extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores de delito.*

***Artículo 353.** Es necesario que el hecho que motive la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido.*

***Artículo 354.** Asimismo se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad y que esté autorizada o acordada la prisión o detención preventiva del procesado, si no hubiere aún sentencia firme. Esta debe ser de privación de libertad.*

***Artículo 355.** Están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido.*

***Artículo 356.** Tampoco se acordará, si se probare que la petición de entrega se ha formulado de hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político, según la misma calificación (...)”*

***Artículo 359.** Tampoco debe accederse a ella si han prescrito el delito o la pena conforme a las leyes del Estado requirente o del requerido (...)”*

***Artículo 365.** Con la solicitud definitiva de extradición deben presentarse:*

1. Una sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza, o que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva, acompañado de las actuaciones del proceso que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona de que se trate.

2. La filiación del individuo reclamado o las señas o circunstancias que puedan servir para identificarlo.

3. Copia auténtica de las disposiciones que establezcan la calificación legal del hecho que motiva la solicitud de entrega, definan la participación atribuida en él al inculcado y precisen la pena aplicable.

***Artículo 366.** La extradición puede solicitarse telegráficamente y, en ese caso,*



los documentos mencionados en el artículo anterior se presentarán al país requerido o a su Legación o Consulado general en el país requirente, dentro de los dos meses siguientes a la detención del inculpado. En su defecto será puesto en libertad (...)” (subrayado de la Sala).

Así las cosas, siendo aplicables las leyes vigentes de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a las prescripciones del Derecho Internacional y el Principio de Reciprocidad, que consagra el derecho de igualdad y mutuo respeto entre los Estados y la posibilidad de brindarse y asegurarse un trato idéntico, en el cual los Estados intervinientes deben mantener en general una actitud de cooperación en materia de extradición, con el debido respeto de las garantías de carácter constitucional que les son inherentes.

En el caso que nos ocupa, observa la Sala de Casación Penal que la República Argentina presentó solicitud formal de extradición de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, ambos de nacionalidad argentina, mediante Nota Verbal MREV Núm. 57/2018 del 3 de abril de 2018.

El 12 de junio el mismo año, se recibe en la Secretaría de la Sala de Casación Penal la Nota Verbal MREV Núm. 76/2018 del 30 de mayo de 2018, mediante la cual la República Argentina solicita la “...**RATIFICACIÓN DE SOLICITUD FORMAL DE EXTRADICIÓN...**” consignando copia fotostática de la documentación mediante la cual pretende sustentar la extradición pasiva de los solicitados Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez.

Ahora bien, de la documentación remitida por la República Argentina, únicamente se puede evidenciar la solicitud de extradición de los ciudadanos Facundo Ramírez y Carla Romina Pipaón, emitidas por el Juzgado de Instrucción Número 1 de la Ciudad de Goya, Corrientes, Argentina, el 15 y 19 de marzo de 2018, respectivamente, por el juez Lucio Raúl López Lecube.

En tal sentido de la revisión exhaustiva de la documentación remitida por la República Argentina, solo se desprende que cursan los requerimientos de aprehensión con fines de extradición de las fechas 15 y 19 de marzo de 2018, es decir posteriores al momento en las que fueran publicadas las Notificaciones Rojas en contra de los solicitados (23 de marzo de 2017) sin que además existan documentos que apuntalen dichos requerimientos. Tampoco cursan en las actuaciones las órdenes de aprehensión dictadas por la autoridad competente de la República Argentina, que dieran origen a las aludidas Notificaciones Rojas que iniciaron el presente procedimiento de extradición pasiva de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez.

En razón de lo explicitado resulta patente la carencia de elementos mínimos de convicción que permitan el ejercicio de una básica actividad probatoria que sustente una presunción razonable de la autoría o participación de los solicitados en extradición en los hechos que se les atribuyen, pues resulta necesario e ineludible que el país requirente consigne conjuntamente con la solicitud de extradición la documentación capaz acreditar fundados elementos de convicción suficientes para mantener una medida preventiva de privación de libertad, en consonancia con el ordenamiento jurídico adjetivo del país requerido.



A tales efectos, el artículo 11 de la Convención Interamericana Sobre Extradición, suscrita por ambos países involucrados en el presente proceso de extradición pasiva, dispone lo siguiente:

“Documento de Prueba

1. Con la solicitud de extradición deberán presentarse los documentos que se expresan a continuación, debidamente autenticados en la forma prescrita por las leyes del Estado requirente:

a. *Copia certificada del auto de prisión, de la orden de detención u otro documento de igual naturaleza, emanado de autoridad judicial competente o del Ministerio Público, así como de los elementos de prueba que según la legislación del Estado requerido sean suficientes para aprehender y enjuiciar al reclamado. Este último requisito no será exigible en el caso de que no esté previsto en las leyes del Estado requirente y del Estado requerido. Cuando el reclamado haya sido juzgado y condenado por los tribunales del Estado requirente, bastará acompañar certificación literal de la sentencia ejecutoriada;*

b. *Texto de las disposiciones legales que tipifican y sancionan el delito imputado, así como de las referentes a la prescripción de la acción penal y de la pena.*

2. *Con la solicitud de extradición deberán presentarse, además, la traducción al idioma del Estado requerido, en su caso, de los documentos que se expresan en el párrafo anterior, así como los datos personales que permitan la identificación del reclamado, indicación sobre su nacionalidad e, incluso, cuando sea posible, su ubicación dentro del territorio del Estado requerido, fotografías, impresiones digitales o cualquier otro medio satisfactorio de identificación”* (subrayado de la Sala de Casación Penal).

No obstante a lo anterior, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, se percata que a favor de la ciudadana Carla Romina Pipaón, a partir del 6 de octubre de 2016, se le reconoce la condición de Refugiada en la República Bolivariana de Venezuela, reconocimiento que es extensivo a su grupo familiar compuesto por sus menores hijas.

Lo antedicho, consecuentemente acarrea la imposibilidad de que a las personas a las cuales se les reconozca la condición de refugiado, puedan ser extraditadas. En apuntalamiento de lo afirmado, esta Sala de Casación Penal en sentencia número 790 de 11 de diciembre de 2015, indicó que lo siguiente:

*“... se verifica que a la ciudadana **MARÍA ELENA GAVIRIA POSADA** le fue reconocida la condición de refugiada en virtud de haber ingresado al territorio nacional debido a fundados temores de persecución en la República de Colombia, país del cual es nacional y ello conforme al procedimiento establecido la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.*

En este orden, los artículos 2 (numeral 3) y 7 de la referida Ley Orgánica prevén:

‘La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio, de conformidad con los siguientes principios: 3. Ninguna persona



solicitante de refugio o de asilo será rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad esté en riesgo a causa de los motivos mencionados en esta Ley (...) No devolución. Toda persona que solicite la condición de refugiado (a) no podrá ser rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad personal esté en riesgo a causa de las razones mencionadas en el artículo 5’.

*En consecuencia, vista la condición de refugiada en el territorio nacional de la requerida en extradición y el deber del Estado Venezolano de garantizarle los derechos inherentes a dicha condición, resulta improcedente la extradición de la ciudadana **MARÍA ELENA GAVIRIA POSADA**, de nacionalidad colombiana, identificada con la cédula de ciudadanía nro. 66766887 a la República de Colombia. En tal sentido, lo procedente y ajustado a derecho es ordenar el cese de la medida de privación judicial preventiva de libertad impuesta por el Tribunal Tercero de Primera Instancia Estatal y Municipal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, Extensión Punto Fijo y decretar su libertad sin restricciones...”.*

Lo citado deja de manifiesto que la condición reconocida por la República Bolivariana de Venezuela de refugiada a la ciudadana Carla Romina Pipaón, y su grupo familiar, es razón suficiente para impedir la extradición de la solicitada, lo cual debe necesariamente aunarse a las razones previamente mencionadas en el presente análisis de la solicitud de extradición pasiva.

Por otra parte a esta Sala de Casación Penal, le es ineluctable pasar por alto, lo relativo a las primigenias Notificaciones Rojas que reposan en el expediente que cursan a los folios 8 al 9 y 10 al 11 de la primera pieza del expediente, pues dichas alertas de carácter universal, dirigidas a la captura internacional de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, respectivamente, es señalado como delito atribuido a ambos solicitados el “**IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENOR CON SUS PADRES NO CONVIVIENTES**”. Delito contemplado en la Ley 24270 de la legislación argentina, pero que a la luz del análisis del principio de doble incriminación, a pesar de que la conducta descrita en el tipo penal de la ley extranjera (Vid. Artículo 1 de la Ley 24270 de la República Argentina) pudiera asemejarse en la legislación patria a lo previsto en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas o Adolescentes, el cual dispone que “...*El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo cuya guarda ha sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo o hija, debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener la restitución del niño, niña o adolescente retenido*”. Lo cierto es que al realizar un análisis de la estructura básica del tipo legal descrito en el artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas o Adolescentes, se denota que si bien se tutela jurídicamente la convivencia familiar, lo descrito en el citado dispositivo legal, no conlleva relevancia de índole punitivo, es decir que la conducta contemplada, busca la protección de un bien jurídico (convivencia familiar) pero no a través del derecho penal.

La consecuencia normativa de lo antes expuesto, radica en que al analizar el principio de doble incriminación para la determinación de la procedencia o improcedencia de la extradición de la ciudadana Carla Romina Pipaón, tal como dispone la referida Notificación Roja publicada el 23 de marzo de 2017, se patentiza el incumplimiento del requisito que exige la tipificación penal de la conducta, tanto



en el país requirente como en el requerido, siendo que para el ordenamiento jurídico venezolano dicha acción no está revestida de un carácter penal.

Lo que consecuentemente significa que para el caso del ciudadano Facundo Ramírez, señalado de “... *HABER COLABORADO CON SU PAREJA, CARLA ROMINA PIPAON, PARA QUE ESTA HUYERA DE SU DOMICILIO JUNTO CON SUS HIJAS MENORES EL 08/07/2016* (sic), *PROPICIANDO DE ESTA MANERA QUE LAS NIÑAS PERDIERAN TODO CONTACTO CON SU PADRE...*”, tal como lo indican los hechos plasmados en la Notificación Roja publicada en su contra, en la cual se le atribuye la colaboración o participación con la ciudadana Carla Romina Pipaón, en una conducta que previamente se ha definido como no susceptible de punibilidad para el derecho venezolano, lo que a la luz de la teoría del delito, representa que no puede ser considerada como punible su participación en hechos previamente descritos como atípicos.

Sin embargo, en abundamiento de las razones que deben fundamentar la presente decisión y en obsequio de la justicia, exigida por los artículos 26 y 49 Constitucional, esta Sala de Casación Penal, se percata que en el expediente cursa una copia fotostática de una Notificación Roja, identificada con la nomenclatura A-2681/3-2017, dirigida a la captura internacional del ciudadano Facundo Ramírez, pero curiosamente aunque la fecha de publicación es también el 23 de marzo de 2017, en la fecha de actualización aparece el 18 de enero de 2018, en esta oportunidad a pesar de que no se pueden apreciar las circunstancias de hecho por las cuales es requerido en extradición el solicitado, se visualiza que los delitos por los cuales es requerido en extradición, en esta oportunidad son “...*DELITOS CONTRA LOS NIÑOS (...)* *ABUSO SEXUAL AGRAVADO (...)* [y] *sustracción de menor...*”.

A los efectos de aclarar la incongruencia en torno a la Notificación Roja, la Sala de Casación Penal, a través de su Secretaría solicitó información al Jefe de la División de Policía Internacional (INTERPOL) del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, para que remitiera a este Alto Tribunal “... *la Notificación de Alerta Roja, en español, emitida por las autoridades de la República Argentina, relacionada con el delito de ‘ABUSO SEXUAL AGRAVADO’...*”, ante lo requerido, la Jefa de la referida División del citado órgano policial Comisaria General Ana Teresa Cruzco, mediante oficio del 9 de marzo de 2018, remitió copia certificada de la Notificación Roja publicada en contra del ciudadano Facundo Ramírez, en la cual se puede apreciar una evidente disimilitud tanto en el aspecto formal como en lo atinente a la calificación del delito por el cual es requerido en extradición el mencionado ciudadano de nacionalidad argentina, no pudiéndose evidenciar en dicha copia certificada, calificación de delitos atinentes o relacionados a la integridad sexual de niños o niñas.

Lo precedente, al ser analizado en función de los principios lógicos de no contradicción y tercero excluido, orientados a indicar que resulta incongruente que algo puede ser y a la vez no ser en mismo tiempo y sentido, es decir dos afirmaciones contradictorias, no pueden ser ambas verdaderas o falsas al mismo tiempo, todo lo cual conlleva a colegir que alguna ha de ser falsa y la otra verdadera, lo que para el caso en concreto, es indicativo de que una de las Notificaciones Rojas en contra del ciudadano de nacionalidad argentina Facundo Ramírez, incorporadas al expediente de extradición pasiva que cursa ante esta Sala de Casación Penal, no está revestida de la verdad y por ende se han de haber adulterado los datos contentivos en ella.



Para esta Sala de Casación Penal, lo explicitado en el acápite anterior comporta una clara e inequívoca intención de hacer incurrir en error a los decisores, mediante lo que doctrinal y jurisprudencialmente es conocido como fraude procesal, lo cual no es otra cosa que las maquinaciones y artificios realizados en el curso de un proceso o mediante este para que con el uso del engaño y sorprendiendo la buena fe de alguno de los sujetos procesales se impida la efectiva administración de justicia.

Así entonces, la catedrática de la Universidad de Buenos Aires en la República Argentina, Ángela Ester Ledesma, en su obra titulada *“El debido proceso penal”* define al fraude procesal como *“... las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero. Estas maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante, lo que constituye el dolo procesal stricto sensu, o por el concierto de dos o más sujetos procesales, caso en que surge la colusión; y pueden perseguir la utilización del proceso como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas...”*.

Ahora bien, en honra de la verdad y la justicia, esta Sala de Casación Penal avizorando que se fraguó a través del presunto uso de un documento de carácter público con información falseada (Notificación Roja), hacerla incurrir en error, le es ineludible instar al Ministerio Público como titular de la acción penal, el posible inicio de una averiguación que permita el establecimiento de la verdad y la determinación de responsabilidad penal si fuere el caso.

Otro aspecto de cardinal importancia que esta Sala de Casación Penal se encuentra obligada a tomar en cuenta para proferir una decisión en torno a la procedencia de la extradición pasiva de los ciudadanos de nacionalidad argentina Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, radica en la circunstancia que se desprende tanto del oficio 00-FMP-79NN-103-2018, suscrito por los abogados Amis Mendoza Chávez y Jorge Hernández Mendoza en su condición de Fiscal Provisoria 79° Nacional Plena y Fiscal Auxiliar Interino 79° Nacional Plena, respectivamente, como de la opinión del Fiscal General de la República Dr. Tarek Willians Saab, con motivo del presente proceso de extradición, los cuales coinciden en señalar que a los solicitados en extradición por la República Argentina, se les sigue una investigación penal ante la Fiscalía 79° del Ministerio Público Nacional Plena de la República Bolivariana de Venezuela, identificada con las siglas MP-81192-2018, iniciada en fecha 5 de marzo de 2018, en virtud de la interposición de la denuncia formulada por el ciudadano Lucio Rodolfo Tomasella (excónyuge de la ciudadana Carla Romina Pipaón), quien según lo expresado por el Fiscal General de la República en su escrito de opinión *“...al ofrecer los fundamentos de ésta [denuncia] se basó en los mismos hechos que sustentan la petición de extradición...”*.

Bajo el tenor de lo previamente enunciado, no resulta factible la procedencia de la extradición de personas que tengan pendiente en el país requerido, procesos de índole penal, al respecto el artículo 358 del Código de Derecho Internacional Privado, suscrito por la República Bolivariana de Venezuela con motivo de la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de La Habana, el 20 de febrero de 1928, aceptado el 23 de diciembre de 1931 y ratificado el 12 de marzo de 1932, establece que *“... No será concedida la extradición si la persona reclamada ha sido ya*



juzgada y puesta en libertad, o ha cumplido la pena, o está pendiente de juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud” (negrillas de la sala).

En tal sentido, el hecho de que a partir del 5 de marzo de 2018, se haya dado inicio a una investigación penal, en virtud de la denuncia interpuesta por el ciudadano Lucio Rodolfo Tomasella (excónyuge de la ciudadana Carla Romina Pipaón), en contra de ambos solicitados en extradición, y que por demás se fundamente en los mismos hechos que dan origen a la solicitud formal de extradición pasiva de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, constituye un óbice adicional para la procedencia de la extradición de los requeridos ciudadanos de nacionalidad argentina, ya que resulta absolutamente insoslayable continuar con el proceso penal en la República Bolivariana de Venezuela hasta la obtención de una sentencia definitivamente firme, y el cumplimiento de lo que esta disponga.

Todas las razones antedichas en el presente capítulo, desbordan motivos para declarar improcedente la extradición pasiva de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, sin embargo a esta Sala de Casación Penal, le está vedado por mandato Constitucional que le obliga a mantener la efectividad de la tutela judicial (artículo 26 Constitucional) y el debido proceso (artículo 49 Constitucional), permanecer indistinta ante los desaguizados que se pudieron denotar durante el transcurso del presente procedimiento de extradición, en el cual resultó palmaria y escandalosa el despliegue de una conducta que pretendió hacer incurrir en un error a este órgano jurisdiccional a los fines de lograr la extradición de una ciudadana que manifestó ser víctima de violencia de género, y cuya persecución y la de quien fuera su pareja sentimental (Facundo Ramírez) según lo expresado por ésta, se basó esencialmente en el acoso generado por quien figurara como su cónyuge el ciudadano Lucio Rodolfo Tomasella.

Así las cosas, durante el desarrollo de la audiencia del procedimiento de extradición, realizada ante esta Sala de Casación Penal el 2 de julio de 2018, la ciudadana Carla Romina Pipaón, manifestó:

Que “... al ser víctima de violencia de género y haber vivido una situación tan crítica por varios años, que aparte me costó muchísimo salir y al ver como esto afectaba a mis hijas y percibía que había un grave riesgo para mi integridad y la integridad de mi hija, no vi ninguna alternativa en mi país debido a que las cuestiones que yo había intentado hacer de forma legal y jurídica no habían tenido acogida, realmente el grado de incertidumbre en el que me encontraba era tal que abandone absolutamente todo y no es fácil, déjenme decirles que es muy difícil después de una vida, en que uno trata de forjar una profesión, trata de forjar un hogar en un lugar donde tiene su familia, tiene su aquerencia, dejar todo eso no es una situación que uno toma de la noche a la mañana. Y que si lo hice fue porque no quedo otra alternativa, y por que como les digo creyendo en un derecho superior, en la posibilidad de que fuera del ámbito donde se desenvuelve el señor Tomasella fueran escuchadas y atendidas mis inquietudes y la situación en que atravesaba yo y mis niñas (sic)...”.

Que “... ya desde nuestra relación conyugal se fue manifestando de forma paulatina, pero llegó un grado que era atemorizante, si bien la violencia física es grave, pero la violencia psicológica es la peor y la que hasta el día de hoy deja marcas, él



usaba distintos mecanismos para obligarme de alguna manera psicológicamente a hacer su voluntad porque de alguna manera entiende que yo y mis niñas somos de su propiedad (sic) (...) él nunca pudo aceptar de que habíamos terminado la relación incluso cuando el ya no vivía en el hogar, el ingresaba violentamente...”.

Que “... también hubo una denuncia que incluso hizo el señor Ramírez en contra del señor Tomasella justamente porque el ingresaba al hogar donde vivimos y nos insultaba inclusive delante de las nenas y era totalmente violento, entonces todas esas situaciones no pararon ni aun cuando el señor Ramírez se va del hogar a vivir a otra ciudad, fue una decisión que se tomó en ese momento porque justamente la vida familiar era imposible, porque el señor Tomasella constantemente impedía que llevásemos una vida familiar tranquila y como veíamos que esto afectaba a las niñas tomamos la determinación de separarnos y él [Facundo Ramírez] fue a vivir a otro país. La violencia del señor Tomasella no paró, aunque él siempre me amenazaba y me decía que no quería que yo esté al de Facundo y que me separe de él aun cuando yo lo hice y me quede viviendo sola con mis hijas, él no ceso con su violencia, no ceso con sus persecuciones, él me seguía a mi trabajo, ingresaba a mi trabajo, yo trabajaba en una oficina pública (...) así mismo hubo denuncias en que él ingreso en la madrugada a mi domicilio particular y trato de forzarme a mantener relaciones sexuales con él, todas estas denuncias yo las hice oportunamente, cuando acudí al juzgado de primera instancia número uno a ratificar la denuncia, porque entable una denuncia de violencia de género porque era lo que yo entendía correspondía, sin embargo las caratularon como simples amenazas es decir no la tipificaron ni la encuadraron como violencia de género sino que la encuadraron como amenaza...”.

Que “... él mismo señor Tomasella me decía entable cuantas denuncias quieras, pues no te va a servir de nada (Pausa) era atemorizante porque además veía como afectaba a mis niñas, mi hija (...) que es la mayor y es la que más tenía conciencia en ese momento tuvo muchos problemas (...) ellas vieron muchas situaciones de violencia en la casa inclusive después de la separación porque como el padre tenía un derecho de visita iba a retirarlas al hogar ellas estaban presentes muchas veces cuando el padre me agredía o me insultaba (...) trate de hacer todo lo posible para llevar por los cauces normales y para llegar a una solución que se adecuara a las normas establecidas, no fue que al primer problema yo decidí irme de mi país, trate de usar todas las herramientas que tenía disponible pero la situación era cada vez más grave, cada vez me sentía más aislada porque el señor Tomasella tenía la capacidad de encerrarme en un ambiente en que yo no me sentía segura de hablar con ninguna persona porque lamentablemente todas las personas que estaban en mi entorno, muchas de las cuales eran familia de él y que le apoyaban (...) fui perseguida en mi país y ahora soy perseguida aquí, porque no puedo creer como la Embajada Argentina en el momento que yo en el que yo fui detenida, y fueron el Secretario (...) fue a visitarme a detención yo le comenté cual era mi situación y le comenté que yo estaba refugiada junto a mis niñas, él me mencionó que el refugio podía caer y que iba a caer y más allá de esas circunstancias que para mí fue una amenaza, nunca más tomó intervención ni por mí ni por las niñas (...) porque ningún integrante de mi país ni de la embajada fue a preguntar siquiera que necesitaban las menores o en qué situación estaban, tampoco fui yo visitada para decirme si necesitaba ayuda legal o alguna cuestión, entonces al ciudadano Lucio Tomasella si la embajada le dio toda la asistencia y el apoyo y no a mí o a las niñas (...) y creo que está más que demostrado de que no hay la posibilidad de que yo pueda ser llevada a mi país y tenga las garantías legales, desde el primer momento que hay una campaña de desprestigio en mi contra y siendo que anteriormente tampoco se me garantizó mis derechos ni los derechos de mis niñas, no tengo la posibilidad de tener un juicio justo en mi país...”.



En la misma oportunidad procesal el ciudadano Facundo Ramírez, cuando se le cedió el derecho a palabra indicó lo siguiente:

Que "... yo salí en el año 2014, contraigo matrimonio con la ciudadana Carla Romina Pipaón, bajo una circunstancia realmente apremiante hacia su seguridad y la seguridad de sus hijas, mucha situación de violencia (sic) después de ver de que la justicia Argentina no hacía nada al respecto, trate de que ella cambiase de ciudad dentro de la misma Argentina y al ella no estar con esa intención llegamos al acuerdo de que yo me iría a vivir a 1200 kilómetros a otro país en el año 2015 enero de 2015, estuvimos aproximadamente 11 meses casados y me tuve que ir, bajo toda la presión y todo el poder que tenía Tomasella dentro de la justicia Argentina, utilizando todos los medios que era volver a tomar el poder de esta pobre mujer en la parte psicológica.

Que "... se me acusan de muchas cosas que son terribles, barbaridades, sin ningún tipo de prueba, yo sé que a ustedes no les corresponde juzgar eso pero me acusan de sacar a Carla Romina Pipaón de la Argentina, yo estaba en Venezuela cuando ocurre eso (sic) desde el momento que yo fui detenido en Venezuela no tuve ningún tipo de asistencia por el gobierno de Argentina, me da vergüenza decir que soy argentino, ciudadano argentino, la barbaridad que cometió los representantes del gobierno, están indicados en cualquier otro país como delito del estado hacia sus ciudadanos, casi terrorismo de estado, entonces como puede ser que el señor (...) y sus abogados vayan a hacer lobby judicial en todos los juzgados de margarita, en los lugares de detención diciendo que yo era violador de menores, ustedes saben muy bien lo que ocurre con los violadores en los lugares de detención, entonces ¿cuál fue el objetivo del consulado de Argentina en Venezuela?, fue tratar de dañar mi integridad física, no voy a tener ningún tipo de juicio digno dentro del gobierno de Argentina ni siendo llevado hacia Argentina, porque están todos los organismos, más lo de la región de Corrientes corrompidos, con respecto a la violencia de género este es el único país que da esa protección, en la Argentina muere una mujer cada 36 horas por violencia de género y la justicia no hace absolutamente nada (...) en ningún momento fui visitado en ninguno de los lugares que yo estuve, en ningún momento se trató de buscar contacto y de saber qué es lo que yo necesitaba, los únicos que llegaron después de un mes fueron mis padres, dos personas ancianas con muy poco dinero tratando de ayudar, yo comí gracias a la compasión de los ciudadanos venezolanos, yo recibí medicina gracias a los detenidos que me ayudaron, a mí mi país nunca me ayudó, a mí me ayudaron los ciudadanos venezolanos que a veces veo que tienen menos que yo, me daban la mitad de su comida para que yo pudiese subsistir durante 30 días que no se apareció nunca mi Consulado, nunca se apareció a ayudarme y estos dos abogados que representan al estado Argentino, debería darles vergüenza representar a un Estado que ataca a sus ciudadanos y hacen lobby junto con el Consulado en los diferentes juzgados tratando de dañar profundamente mi moral, mi honor y mi dignidad, yo puse mi otra mejilla y es la primera que puedo llegar a defenderme durante todos estos años de conflicto que tuve por la situación de estar al lado de esta señora que yo tanto amo, yo estaba en Venezuela y ella vino a pedirme ayuda con sus hijas, soy cristiano yo no le voy a negar la ayuda a dos niñas y a una mujer que está en una situación desesperante...".

Lo explicitado, en concordancia con los desatinos referidos en acápites anteriores que imbuyeron el presente proceso de extradición, dejan de manifiesto la probable intención de querer utilizar al aparato judicial venezolano como un medio con fines persecutorios por razones de violencia de género, con trascendencia de las



fronteras geográficas. Ante tal situación, el Estado venezolano, se encuentra obligado a censurar todas las formas y manifestaciones de violencia de género, evitando así el quebrantamiento de los derechos humanos y la protección inherente a toda mujer de tener una vida libre de violencia, de modo tal que en garantía efectiva de tales derechos, se encuentra en la obligación de responder ante cualquier amenaza o riesgo de vulneración de los referidos derechos tutelados, así como contribuir con el establecimiento de la responsabilidad que pueda generarse como consecuencia de las conductas que resulten lesivas a los derechos femeniles.

En consonancia con la responsabilidad que esta Sala de Casación Penal debe tener sobre la tuición de las garantías y derecho de la mujer a una vida libre de violencia, los derechos humanos y protección constitucional, en virtud de las circunstancias particularísimas del caso bajo estudio, mediante las cuales se puede deducir la presunta existencia de conductas que pretendieron utilizar el aparatage policial internacional, diplomático y judicial de los países intervinientes en el presente proceso de extradición, y que pudieran haber lesionado derechos intrínsecos de los requeridos, por razones que factiblemente pudieran considerarse como subsumibles dentro de la violencia de género, se insta al Ministerio Público a verificar las particularidades del caso a los fines de constatar si existió en el territorio venezolano el despliegue de alguna conducta considerada por la normativa patria como penalmente relevante.

En consecuencia de las razones proferidas, se considera que lo ajustado a Derecho es **DECLARAR IMPROCEDENTE**, por no cumplir con los requisitos de ley la solicitud de extradición pasiva de los ciudadanos Carla Romina Pipaón y Facundo Ramírez, ambos de nacionalidad argentina, requeridos por las autoridades judiciales de la República Argentina, según la solicitud formal de extradición pasiva, realizada en ocasión a la presunta comisión de los delitos de “...*SUSTRACCIÓN DE MENORES, CORRUPCIÓN DE MENORES Y DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA INFANTIL...*” y “...*SUSTRACCIÓN DE MENORES Y ABUSO SEXUAL AGRAVADO...*”, respectivamente, contemplados en la legislación penal del país requirente. Así se decide.

V

DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, emite los pronunciamientos siguientes:

PRIMERO: DECLARA IMPROCEDENTE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN PASIVA, por no cumplir con los requisitos de ley de los ciudadanos **CARLA ROMINA PIPAÓN** y **FACUNDO RAMÍREZ**, de nacionalidad argentina, identificados con el pasaporte AAD522801 y con la cédula de identidad venezolana para extranjeros E-84.608.316, respectivamente, requeridos por las autoridades judiciales de la República Argentina, según la solicitud formal de extradición pasiva, realizada en ocasión a la presunta comisión de los delitos de “...*SUSTRACCIÓN DE MENORES, CORRUPCIÓN DE MENORES Y DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA INFANTIL...*” y “...*SUSTRACCIÓN DE MENORES Y ABUSO SEXUAL AGRAVADO...*”, respectivamente, contemplados en la legislación penal del país requirente.



SEGUNDO: INSTA al Ministerio Público de la República Bolivariana de Venezuela, el cual ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal, para que verifique la posibilidad de iniciar una investigación penal entorno a las presuntas irregularidades acaecidas por el uso de un documento (Notificación Roja) contentivo de información no fidedigna con la verdad, así como la constatación de la existencia en el territorio venezolano de cualquier otra conducta desplegada por los intervinientes en el presente proceso, que pudiera ser considerada por la normativa nacional como penalmente relevante.

TERCERO: ORDENA el cese de la medida de privación judicial preventiva de libertad impuesta a los ciudadanos **CARLA ROMINA PIPAÓN** y **FACUNDO RAMÍREZ**, ambos de nacionalidad argentina, y en consecuencia **DECRETA** su libertad sin restricciones.

CUARTO: ORDENA al Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, ejecutar la libertad sin restricciones de los ciudadanos **CARLA ROMINA PIPAÓN** y **FACUNDO RAMÍREZ**, ambos de nacionalidad argentina, identificados con el pasaporte AAD522801 y con la cédula de identidad venezolana para extranjeros E-84.608.316, respectivamente, a tal efecto remítase copia certificada de la presente decisión al referido Juzgado.

QUINTO: ORDENA el archivo del expediente contentivo de la solicitud de extradición de los ciudadanos **CARLA ROMINA PIPAÓN** y **FACUNDO RAMÍREZ**, ambos de nacionalidad argentina.

SEXTO: INFÓRMESE de esta decisión al Poder Ejecutivo Nacional, a cuyo efecto se ordena expedir copia certificada de la misma y remitirla al ciudadano Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, y al Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores. Así mismo se ordena **INFORMAR** de la presente decisión al Fiscal General de la República, a cuyo efecto se adjuntará copia certificada de la misma.

Publíquese y regístrese. Oficiese lo conducente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal en Caracas, a los **trece (13)** días del mes de **julio** de 2018. Años 208° de la Independencia y 159° de la Federación.

El Magistrado Presidente,
MAIKEL JOSÉ MORENO PÉREZ

La Magistrada Vicepresidenta,
ELSA JANETH GÓMEZ MORENO



La Magistrada,
FRANCIA COELLO GONZÁLEZ
Ponente

El Magistrado,
JUAN LUIS IBARRA VERENZUELA

La Magistrada,
YANINA BEATRIZ KARABIN DE DÍAZ

La Secretaria,
ANA YAKELINE CONCEPCIÓN DE GARCÍA
Expediente: AA30-P-2018-000058.
FCG

