



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

**Reunião da Comissão de Estudos de Direitos Humanos - GRUPO DE
TRABALHO "CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA APÓS DECISÃO DE SEGUNDA INSTANCIA
INDEPENDENTEMENTE DE RECURSOS AO STJ OU STF"**

Data 20/06/2017

Presidente Dr. Ricardo Sayeg

Patrono: Dr. Henrique Nelson Calandra

Local: sede do IASP



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

**COMISSÃO DE ESTUDOS DE
DIREITOS HUMANOS
DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE
SÃO PAULO**

**GRUPO DE TRABALHO –
"CUMPRIMENTO DA SENTENÇA
PENAL CONDENATÓRIA APÓS
DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA
INDEPENDENTEMENTE DE
RECURSOS AO STJ OU STF"**

**RELATÓRIO DE CONSTATAÇÃO
DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS
HUMANOS**

Diante das inúmeras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de 2016, relativamente ao cumprimento de sentença penal condenatória após o julgamento de recurso em segunda instância, independentemente do trânsito em julgado da decisão, uma vez que o novo entendimento firmado pela Corte Suprema traz severos reflexos à sociedade e apresenta-se em desconformidade com o princípio da presunção de inocência em face do art. 5º, LVII, da CRFB/88, e da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), e do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/41), além de inúmeros tratados internacionais dos quais é signatário o Brasil, o presidente da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados de São Paulo, Dr. Ricardo Sayeg, instaurou grupo de trabalho para a análise do tema, e elaboração de Relatório de Constatação de violação aos Direitos Humanos, com Parecer conclusivo e encaminhamento para análise e votação pelos membros da referida Comissão.

Cumpra observar que o Instituto dos Advogados de São Paulo possui Certificado de Reconhecimento de Entidade Promotora de Direitos Humanos, expedido pela Secretaria da Justiça e da Cidadania do

**COMMISSION FOR THE STUDY OF
HUMAN RIGHTS
OF THE SÃO PAULO LAWYERS
INSTITUTE**

**WORKING GROUP - "COMPLIANCE
WITH THE PENAL SENTENCE
CONVICTION AFTER SECOND-
INSTANCE DECISION REGARDLESS
OF THE SUPREME COURT OR
SUPREME COURT RESOURCES"**

**REPORT OF FINDING
HUMAN RIGHTS VIOLATION**

Faced with numerous decisions handed down by the Supreme Court over 2016, for the fulfilment of penal sentence, after the trial of appeal in second instance, regardless of the final transit of the decision, since the new understanding signed by Supreme Court brings severe reflections on society and presented in compliance with the principle of presumption of innocence in the face of art. 5th, LVII, of the CRFB/88, and the Criminal Execution Law (Law nº 7.210/84^{thc}), and the code of criminal procedure (Decree-Law nº 3,689/41), in addition to numerous international treaties in which Brazil is a signatory to, the President of the Human Rights Committee of the São Paulo lawyers Institute, Dr. Ricardo Sayeg, established the working group for the analysis of the matter and reporting of the findings of violation of human rights, with conclusive opinion and routing for review and vote by the members of the Committee.

Important to observe that the São Paulo lawyers Institute possesses certified recognition by the promoting entity of human rights, issued by the Department of Justice and citizenship of the State of São Paulo, to



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo, para efeito no disposto no Decreto nº 46.655/02, sendo que sua Comissão de Direitos Humanos irradia os valores e princípios com vistas ao cumprimento da missão institucional desta entidade.

É certo que o constituinte, de forma consciente e proposital, fez inserir no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Tal escolha pelo constituinte nada mais é do que uma irradiação e elemento de concretude do princípio da dignidade da pessoa humana inserido no art. 1º III, da mesma Carta.

Por outro lado, o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/41), em seu art. 594, condicionava a apelação do réu ao recolhimento à prisão ou prestação de fiança, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto, tendo, todavia, sofrido reforma referido dispositivo pela Lei nº 5.941/73, com o que passou-se a permitir o recurso do réu em liberdade caso fosse primário e de bons antecedentes, reconhecidas estas condições na sentença condenatória, além dos casos de condenações por crime de que se livrasse solto, redação que foi revogada com o advento da Lei nº 11.719/08. Todavia, o mesmo diploma processual, em seu art. 283, com a redação que lhe conferiu o a Lei nº 12.403/11, estabelece que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

Na mesma esteira, a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) exige o trânsito em

effect of what is prescribed by the Decree n. 46,655/02, being that your Human Rights Commission radiates the values and principles with a view of achieving the institutional mission of this entity.

It is true that the constituent Assembly, consciously and purposeful, did insert in art. 5th, LVII, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 the principle of presumption of innocence, also called the principle of no guilt, whereby "no one shall be considered guilty until final transit of penal sentence of conviction". Such a choice by the constituent Assembly is nothing more than an irradiation and element of the principle of dignity of the human person inserted in art. 1^{thc} III, the same constitution.

On the other hand, the code of criminal procedure (Decree-Law no. 3,689/41), in your art. 594, made the appeal of the defendant the recoil to prison or provide bail, unless convicted of a crime to escape the loose, having, however, undergone reform by law device no. 5,941/73, with what happened to allow the appeal of the defendant in liberty primary and if good background, recognized these conditions on enforceable judgment In addition to the cases of convictions for felony escape loose, writing that it was repealed with the advent of law no. 11,719/08. However, the same degree of procedure in your art. 283, with the essay that you gave the law no. 12,403/11, states that "no one may be arrested except flagrante delicto or by written and reasoned order of the competent judicial authority, as a result of final enforceable judgment or, in the course of the investigation or of the process, because temporary prison or pre-trial detention".

On the same hand, the law of Criminal Execution (Law No. 7,210/84^{thc}) requires



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

julgado para o cumprimento da pena, seja ela privativa de liberdade (art. 105), restritiva de direitos (art. 147), de multa (art. 164) ou de medida de segurança (art. 171), sendo lei posterior ao Código de Processo Penal, situação capaz de dirimir aparente conflito de normas, na clássica solução de Norberto Bobbio em sua teoria geral do direito.

Muito embora não possua o recurso extraordinário efeito suspensivo (art. 637, CPP), extrai-se que no sistema processual brasileiro, exceto nos casos de prisão cautelar e preventiva, o cumprimento da pena somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se admitindo flexibilização ou restrição, em homenagem ao princípio da presunção de inocência e, por conseguinte, à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CRFB/88).

O Supremo Tribunal Federal, até 2016, entendeu ser inadmissível o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, posição que fora sedimentada pelo Plenário daquela Corte no HC 84078, julgado em 05/02/2009, em que foi relator o eminente Ministro Eros Grau. Naquela ocasião, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional a exigência de cumprimento da pena antes de transitada em julgado a sentença, e afirmou que a ampla defesa não pode ser visualizada de modo restrito. No mesmo sentido foram proferidas na Corte Suprema inúmeras decisões, seja de suas duas turmas e seja do Plenário, entre as quais podemos elencar: **HC 87236**, rel. Min. **Marco Aurélio**, j. 02/03/2010, 1ª Turma, DJe 14/05/2010; **HC 99584**, rel. Min. **Marco Aurélio**, j. 23/02/2010, 1ª Turma, DJe 16/04/2010; **HC 96500**, rel. Min. **Joaquim Barbosa**, j. 02/03/2010, 2ª Turma, DJe 19/03/2010; **HC 99891**, rel. Min. **Celso de Mello**, j. 15/09/2009, 2ª Turma, DJe

transit on trial for compliance with penalty, deprivation of freedom (art. 105), restrictive of rights (art. 147), a fine (art. 164) or security measure (art. 171), and later to the law code of criminal procedure, able to resolve apparent conflict of standards, in the classic solution of Norberto Bobbio in your general theory of law.

Although it does not possess the extraordinary appeal suspensive effect (art. 637, CPP), extracts that the Brazilian procedural system, except in the case of precautionary and preventive prison, the fulfillment of the sentence can only occur after the final transit of the penal sentence of conviction, not admitting relaxation or restriction, in tribute to the principle of presumption of innocence and therefore for the ample defense with the means and resources to her inherent (art. 5th, LV, CRFB/88).

The Supreme Court, until 2016, be inadmissible the enforcement of penalty before the final transit of the penal sentence voided position outside the House that has cut in HC 84078, tried in 05/02/2009, he was the Minister Eros Grau rapporteur. At that time, by majority vote, the Supreme Court decided to be unconstitutional the requirement for compliance with penalty before final sentencing, and asserted that the huge defense cannot be viewed in restricted mode. To the same effect have been made in numerous Supreme Court decisions, either of their two classes and be the plenary, among which we can cite: **HC 87236**, rel. min. **Marco Aurélio**, j. 02/03/2010, first Class, DJe 14/05/2010; **HC 99584**, rel. min. **Marco Aurélio**, j. 23/02/2010, first Class, DJe 16/04/2010; **HC 96500**, rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 02/03/2010, 2nd Class, DJe 19/03/2010; **HC 99891**, rel. min. **Celso de Mello**, j. 15/09/2009, 2nd Class, DJe 18/12/2009; **HC 93857**, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 25/08/2009, 2nd Class, DJe16/10/2009; **HC 97776**, rel.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

18/12/2009; **HC 93857**, rel. Min. **Cezar Peluso**, j. 25/08/2009, 2ª Turma, DJe 16/10/2009; **HC 97776**, rel. Min. **Ellen Gracie**, j. 02/06/2009, 2ª Turma, DJe de 19/06/2009; **HC 91676**, **HC 92.578**, **HC 92.691** e **HC 92.933**, rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, j. 12/02/2009, Plenário, DJe 1º/07/2009; **RHC 93172**, rel. Min. **Cármem Lúcia**, j. 12/02/2009, Plenário, DJe 06/05/2011; **HC 94778**, rel. Min. **Ayres Britto**, j. 10/02/2009, 1ª Turma, DJe 13/03/2009.

A jurisprudência, portanto, seja no âmbito dos tribunais estaduais e federais, seja no Superior Tribunal de Justiça, sedimentou-se de acordo com o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, em 17/02/2016, o Plenário da Corte Suprema, no julgamento do HC 126292, mudou sua pacífica posição jurisprudencial e entendeu que a possibilidade de início da execução da pena após sentença condenatória em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que as decisões condenatórias proferidas pelos tribunais de segunda instância encerram a análise de fatos e provas, de sorte que eventual recurso especial (ao STJ) ou extraordinário (ao STF) somente terão por objeto matéria processual infraconstitucional ou constitucional, respectivamente, sem possibilidade de reapreciação de fatos e provas. Assim, com a mudança de entendimento, para o Supremo Tribunal Federal a presunção de inocência desfaz-se com a sentença penal condenatória proferida em segundo grau, independentemente de eventuais recursos especial ou extraordinário manejado pelo condenado.

Embora a decisão proferida no HC 126292 não tivesse sido proferida em sede de recurso repetitivo, de repercussão geral ou em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e, portanto, não estivessem os tribunais do país sujeitos à

min. **Ellen Gracie**, j. 02/06/2009, 2nd Class, DJe of 19/06/2009; **91676 HC, HC 92,578, 92,691 HC and HC 92,933**, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, j. 12/02/2009, Plenum, DJe July 1, 2009; **RHC 93172**, rel. min. **Carmen Lúcia**, j. 12/02/2009, Plenum, DJe 06/05/2011; **HC 94778**, rel. min. **Ayres Britto**, j. 10/02/2009, first Class, DJe 13/03/2009.

The case law, therefore, is under the State and federal courts, either in the Superior Court of Justice, formed in accordance with the peace of understanding Supreme Court. However, in 17/02/2016, the Plenum of the Supreme Court, in the judgment of the HC 126292, changed your peaceful position and held that case law the possibility of beginning of execution of the sentence after sentence of conviction in high school doesn't offend the constitutional principle of the presumption of innocence, since the sentencing decisions handed down by courts of second instance wax analysis of facts and evidence, so that any special appeal (the Supreme Court) or extraordinary (the SUPREME COURT) shall be only procedural object infra-constitutional or, respectively, with no possibility of review of facts and evidence. So, with the change of understanding, to the Supreme Court the presumption of innocence fades with the penal sentence sentence speaking in the second degree, regardless of any special or extraordinary resources handled by the condemned.

Although the decision on HC 126292 hadn't been rendered on appeal, General repercussion or repetitive in concentrated control of constitutionality, and therefore were not the courts of the country subject to the application of identical understanding in their



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

aplicação de idêntico entendimento em seus julgados, fato é que a brusca mudança de posicionamento jurisprudencial até então consolidado acendeu intenso debate na sociedade.

Em maio de 2016 o Partido Ecológico Nacional (PEN) ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43, para ver declarada a constitucionalidade do art. 283, do CPP, e requereu medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. No dia imediato ao ingresso da ADC pelo referido partido político, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados de São Paulo ingressou com idêntica ação, ADC nº 44, e, igualmente, requereu medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O julgamento dos requerimentos de medida cautelar nas ADCs 43 e 44 teve início em 01/09/2016, ocasião em que o relator de ambas as ações reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do CPP, e concedeu a medida cautelar para determinar a suspensão de execução provisória da pena que não tivesse transitado em julgado, bem como determinou a liberação de réus que tivessem sido presos em razão de desprovimento de apelação e que tivessem recorrido através de recurso especial ou extraordinário.

Suspensa o julgamento por pedido de vista, o Supremo Tribunal Federal deu continuidade ao julgamento do requerimento de medida cautelar nas ADCs 43 e 44 em 05/10/2016, quando, por maioria de votos, o Plenário da Corte entendeu que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância e indeferiu as liminares pleiteadas em ambas as ações ao entendimento de que inexistia violação ao princípio da presunção

trial, fact is that the sudden change of position so far consolidated case law sparked intense debate in society.

In May 2016, National Ecological party (PEN) joined the Supreme Court with the declaratory action of Constitutionality (ADC) no. 43, to see declared the constitutionality of art. 283, the CPP, and requested a restraining order to stay the execution of the penalty before the anticipated final transit of the enforceable judgment. The day immediately upon entry of the ADC by the political party, the Federal Council of the Bar Association of Sao Paulo joined with identical action, ADC no. 44, and requested restraining order to suspend the execution of the penalty before the anticipated final transit of the enforceable judgment. The trial of the injunctive relief requirements in the ADCs 43 and 44 in 01/09/2016, when the Rapporteur of both actions recognized the constitutionality of art. 283 of the CPP, and granted the injunction to determine the suspension of provisional enforcement of the sentence that had not become final, as well as determined the release of defendants who had been arrested on grounds of appeal and deprivation who'd come through special or extraordinary feature.

Suspended the trial for vista application, the Supreme Court continued the trial of the application of injunctive relief in 43 and 44 ADCs on 05/10/2016, when, by majority vote, the Plenary of the Court held that art. 283 of the CPP does not prevent the beginning of execution of the sentence after conviction on appeal and dismissed the injunctions pleaded in both actions to the understanding that no violation of the principle of presumption of innocence. Although I had not tried the



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

de inocência. Embora não tivesse julgado as ações no mérito, a decisão era um sintoma do que estaria por vir, levantando ainda mais o debate. Infeliz coincidência é o fato de que esta decisão que alterou o sentido, eficácia e alcance dos direitos e garantias individuais contidos na Constituição foi proferida justamente no dia de aniversário de 28 anos da Carta Política.

Ocorre, todavia, que em 11/11/2016, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246 – manejado pelo sentenciado que impetrara HC 126292 e que fora rejeitado em fevereiro do mesmo ano –, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (sistema de votação eletrônica), reconheceu a repercussão geral do referido recurso, e, por maioria de votos, negou-lhe provimento, ocasião em que reafirmou o entendimento de possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido pelos tribunais de segunda instância, conquanto pendentes recursos aos tribunais superiores (STJ e STF). A decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, diante de seu caráter vinculante, impõe a todos os tribunais do país aplicação imediata deste entendimento, o que certamente causará, com muito mais vigor, inúmeras e acaloradas discussões, sobretudo por haver a decisão referida atropelado e lançado por terra as ADCs 43 e 44, as quais, conquanto pendentes de julgamento de mérito, restam inválidas diante do julgamento proferido em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, que verse sobre o mesmo tema. No recurso em comento (ARE 964246), somente uma ministra não votou no Plenário Virtual, o que, na prática, equivale a acompanhar o voto do relator, condutor do entendimento contrário ao exposto texto constitucional, conforme se infere dos arts. 324-A e 324, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

actions on the merits, the decision was a symptom of what is to come, raising further the debate. Unhappy coincidence is the fact that this decision has changed the sense, effectiveness and scope of individual rights and guarantees contained in the Constitution was speaking on the anniversary of 28 years of Policy Letter.

Occurs, however, in 11/11/2016, at the trial of the extraordinary appeal with interlocutory appeal (ARE) 964246 - handled by sentenced to impel HC 126292 who had been rejected in February of the same year –, the Plenary Supreme Court Virtual (electronic voting system), recognized the impact of the General feature, and, by majority vote, denied him dismissed, reaffirmed the understanding that the provisional execution of the judgment delivered by the damning criminal courts of second instance, although pending resources to higher courts (SUPREME COURT and FEDERAL SUPREME COURT). The decision of the Supreme Court, rendered in extraordinary appeal with general impact recognized in front of your binding, requires that all courts in the country immediate implementation of this understanding, which certainly will cause, with more force, numerous heated discussions and, particularly for the decision referred to run over and released by land the ADCs 43 and 44, which, while pending trial of merit invalid left on the trial of extraordinary appeal with General repercussion recognized, that verse on the same theme. In the appeal in comment (ARE 964246), only one Minister didn't vote in plenary, which in practice amounts to follow the vote of the rapporteur, the understanding contrary to constitutional text Express, as it infers the arts. 324-324, and the internal rules of the Supreme Court.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Cumpra observar não serem recentes as tentativas de tornar definitiva a sentença penal condenatória proferida em sede de recurso de apelação, desvinculando-se os recursos especial e extraordinário para efeito do trânsito em julgado, tudo isso como forma de resolver o problema da morosidade do Judiciário, dando efetividade ao princípio da razoável duração do processo, e atacar o problema da impunidade no país. Cite-se, por exemplo, a Proposta de Emenda Constitucional 15/2011, em trâmite no Senado Federal, e que foi alcunhada de PEC Peluso, em alusão ao seu idealizador, Ministro Cezar Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal, ou ainda, chamada de PEC do recursos. A proposta de emenda constitucional apresentada pretendia estabelecer o trânsito em julgado das decisões a partir do julgamento em segunda instância, criando-se no lugar dos recursos extraordinário (ao STF) e especial (ao STJ) as figuras da ação rescisória extraordinária (STF) e da ação rescisória especial (STJ), com as respectivas alterações nos art. 102 e 105 da Constituição brasileira, com o que se criaria uma espécie de ação rescisória imprópria.

Ocorre, porém, que a PEC 15/2011 sofreu profundas alterações no Senado Federal, perdendo a feição de seu início. Pelo texto modificado da proposta, haveria alteração apenas no art. 96 da Constituição da Federal, ao qual seria acrescido parágrafo único para possibilitar que órgãos colegiados e tribunais do júri, ao proferirem decisão penal condenatória, possam expedir mandado de prisão independentemente do cabimento de eventuais recursos. Assim, a ideia inicial que transformaria os recursos especial e extraordinário em ações rescisórias e abarcava o trânsito em julgado antecipado após decisão de segunda instância em todas as áreas do direito foi reduzida à seara penal, e, tal qual a primeira redação, e tem merecido

Meets observe are not recent attempts to make final damning given penal sentence in an appeal, by unlinking the special and extraordinary resources for the purpose of transit, all this as a way to solve the problem of slowness of the judiciary, giving effectiveness to the principle of reasonable duration of the process, and tackle the problem of impunity in the country. Cite, for example, the proposed constitutional amendment 15/2011 in process in the Senate, and it was nicknamed of PEC Peluso, in allusion to your Creator, Minister Cezar Peluso, President of the Supreme Court, or still, called PEC resources. The proposed constitutional amendment meant to establish traffic presented judged decisions from the judgement in second instance, creating in place of extraordinary resources (STF) and special (the Supreme Court) extraordinary rescission action figures (STF) and the rescission action special (STJ), with their respective changes in art. 102 and 105 of the Brazilian Constitution, would create a sort of improper rescission action.

Occurs, however, the PEC 15/2011 suffered profound changes in the Senate, losing the feature of your home. The text of the proposed amendment would be modified only in art. 96 of the Constitution of the Federal, to which would be added only paragraph to allow collegiate bodies and courts of the jury, to make criminal condemnatory decision, can expedite warrant regardless of place of any resources. Thus, the initial idea that would transform the special and extraordinary resources in rescisórias actions and covered the traffic in advance after second-instance decision in all areas of law was reduced to harvest, and criminal, as the first essay, and has deserved severe criticism in the middle.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

severas críticas no meio jurídico.

Embora aquela PEC 15/2011 ainda não tenha sido objeto de deliberação pelo Plenário do Senado Federal, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, com o julgamento do ARE 964246, ao qual foi reconhecida repercussão geral, efeito similar ao pretendido pela referida proposta de emenda constitucional.

O cerne da questão é verificar a existência ou não de violação aos direitos humanos em face das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal autorizadas do cumprimento da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado.

Os adeptos da tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, agora com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, invocam a ausência de violação aos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, além do exemplo extraído de diversos países cujas legislações permitem o cumprimento da pena a partir da decisão em segunda instância, conquanto haja recurso a tribunal superior, alegando ainda, que as convenções internacionais sobre direitos humanos não trazem previsão de do trânsito em julgado para o cumprimento da pena, exigindo apenas o direito do acusado ao julgamento por duas instâncias.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece em seu artigo XI, alínea 1, que "toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominada Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992, dispõe em seu art. 8º, alínea 2,

Although that PEC 15/2011 has not yet been the subject of deliberation by the plenary of the Senate, the Supreme Court has established, with the trial of ARE 964246, which was recognized General repercussion, similar to the effect intended by the proposal of constitutional amendment.

The crux of the matter is to verify the existence or not of violation of human rights in the face of the decisions handed down by the Supreme Court autorizadas the penal sentence of conviction before the transit.

Supporters of the thesis set out by the Supreme Court, now with *erga omnes* effect and binding efficiency, invoke the absence of violation of the principles of presumption of innocence, the adversarial and the wide defense, beyond the example extracted from several countries whose laws allow for the fulfillment of the sentence from the decision at second instance, while there is use of superior court, alleging that the international conventions on human rights do not bring in traffic forecast for the fulfilment of the penalty, requiring only the right of the accused to trial for two instances.

The Universal Declaration of human rights, 1948, establishes in article XI) (your 1, that "every person accused of a criminal act has the right to be presumed innocent until your guilt has been proved in accordance with the law, on public trial in which you have been provided all the guarantees necessary for your defence".

For your time, the American Convention on Human Rights, called the Pact of San José of Costa Rica, approved by Legislative Decree nº 27, 25/09/1992, and promulgated by Decree^{the} 678, 06/11/1992, offers in your art. 8^{the}2, that "(a) every person charged with



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa", e, durante o processo, tem direito a garantias mínimas, entre as quais, estatui a letra "h", "o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

Ocorre que, o constituinte brasileiro houve por bem fazer inserir no texto da Carta Maior o princípio da presunção de inocência enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, sendo esta, precisamente, a diferença da Constituição da República Federativa do Brasil com aquelas legislações apontadas como exemplo a ser seguido pelo país (Inglaterra, Estados Unidos da América, Alemanha, França, Portugal Espanha e Argentina). Por outras palavras, entre os países utilizados como modelo pelos defensores da tese hoje vigente no Supremo Tribunal Federal, e propalada até mesmo por seus ministros, nenhum deles há que possua no texto constitucional a garantia contida na Constituição brasileira no tocante à presunção de inocência existir até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

E esta diferença entre as legislações brasileira e estrangeiras foi mencionada na petição inicial da Ação Declaratória de Constitucionalidade 44, ingressada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como foi amplamente descrita no Parecer apresentado pelo Professor Renato de Mello Jorge Silveira, professor titular da cátedra de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, parecer este elaborado a partir de estudo solicitado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), o qual figura como *amicus curiae* nas ADCs 43 e 44 anteriormente mencionadas.

Escorado em doutrina de escol, nacional e estrangeira, o Professor Renato de Mello Jorge Silveira debruça-se sobre a dimensão do princípio da presunção de

an offence has the right to have your presumed innocence until prove legally your guilt," and, during the process, you have the right to minimum guarantees, among which lays down the letter "h", "the right to appeal the ruling to judge or superior court".

Turns out, the Brazilian constituent happened for well do insert in the text of the Letter the greater the principle of presumption of innocence until final criminal sentence of conviction, which is, precisely, the difference of the Constitution of the Federative Republic of Brazil with those laws pointed as an example to be followed by the country (England, United States of America, Germany, France, Spain Portugal and Argentina). In other words, between the countries used as a model for advocates of the thesis today rate at the Supreme Court, and touted even by his ministers, any of them for possession in the constitutional text the guarantee contained in the brazilian Constitution regarding the presumption of innocence exists until the final transit of the penal sentence of conviction.

And this difference between brazilian and foreign legislation was mentioned in the application of the declaratory action of Constitutionality 44, joined by the Federal Council of the order of lawyers of Brazil, as well as was widely described in the opinion presented by Professor Renato de Mello Jorge Silveira, professor of the Chair of criminal law at the Faculty of law of the University of São Paulo appear to be drawn from this study requested by the São Paulo lawyers Institute (IASP), which figure as *amicus curiae* in 43 and 44 ADCs mentioned above.

Anchored in the doctrine of national and foreign elite, Professor Renato de Mello Jorge Silveira focuses on the dimension of the principle of presumption of innocence and



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

inocência e assevera ser ele uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Segundo referido professor, a leitura do ordenamento jurídico à luz do espírito da Constituição foi fator preponderante para a orientação jurisprudencial de respeito ao princípio da presunção de inocência, verificando-se uma maior sensibilidade acerca dos diplomas internacionais sobre direitos humanos surgidos após a segunda guerra mundial, tais como, exemplificativamente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), entre outras convenções sobre referida temática.

Extrai-se do Parecer elaborado pelo Professor Renato de Mello Jorge Silveira, encartado nos autos da ADCs 43 e 44, que a presunção de inocência mostra-se tanto como um direito subjetivo público como um primado normativo, sendo incabível sua restrição por modificação de entendimento jurisprudencial, ou seja, a construção constitucional brasileira impede o chamado trânsito em julgado antecipado, quando pendentes ou possíveis recursos, e para alteração deste escopo, com vistas a possibilitar uma situação paralela à de outros países, seria necessário alteração constitucional, e não simples leitura jurisprudencial, e conclui afirmando que a alteração no rumo jurisprudencial, tal como verificada, "mostra-se como um retrocesso na leitura dos direitos e garantias individuais; uma errática interpretação do próprio Texto Constitucional; um verdadeiro perigo à máxima da presunção da inocência; e a consagração de uma inegável insegurança jurídica [...]".

E neste aspecto, vale lembrar que o

asserts to be he one of the greatest achievements of the democratic State of law. Second referred to professor, reading of the legal system in the light of the spirit of the Constitution was a preponderant factor for orientation jurisprudence of respect the principle of presumption of innocence, a greater sensitivity about the international human rights diplomas that emerged after World War II, such as, as for example, the American Declaration of the rights and duties of man (1948); American Convention on human rights (1969); European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (1950); Charter of fundamental rights of the European Union (2000), among other conventions on referred to.

Extract from the Opinion drawn up by Professor Renato de Mello Jorge Silveira, which on the record of 43 and 44 ADCs, the presumption of innocence shows up as both a subjective public right as a normative primacy, being completely out of line your restriction by modifying understanding jurisprudence, namely the brazilian constitutional construction prevents the so-called traffic in advance, when possible or pending features and to change this scope, in order to enable a parallel situation to that of other countries, would require a constitutional amendment, and not simple reading case law, and concludes that the change in jurisprudence course, as verified, "shows up as a setback in the reading of individual rights and guarantees; an erratic interpretation of the Constitutional text itself; a real danger to the maximum of the presumption of innocence; and the consecration of a undeniable legal uncertainty [...]".

And in this respect, it is worth remembering that the principle of presumption of innocence was entered by the constituent



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

princípio da presunção de inocência foi inserido pelo constituinte entre os direitos e garantias fundamentais individuais, sendo, portanto, cláusula pétrea, e, salvo melhor juízo, sequer pode ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais tais com a presunção de inocência antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, a teor de que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

O constituinte optou por conferir maior garantia aos acusados, exigindo o trânsito em julgado para o afastamento do princípio da presunção de inocência. Dessa forma, qualquer tentativa de afastar, reduzir ou modificar o quanto contido no texto constitucional encontra óbice no princípio da proibição ao retrocesso social.

Não se está com isso cerrando os olhos para os direitos humanos das vítimas, nem tampouco aos justos anseios da sociedade que clama pelo fim da impunidade e da morosidade do Judiciário diante das mazelas e dificuldades criadas pelo sistema brasileiro. Ocorre que o Estado não pode, à guisa de dar concretude e significado ao princípio da razoável duração do processo, forçar a celeridade do trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias em total e flagrante desconformidade com o texto constitucional, e em afronta aos direitos e garantias individuais.

Inexiste, pois, diante da escolha do constituinte, que fez inserir o princípio da presunção de inocência entre os direitos e garantias fundamentais, qualquer margem para se extrair do texto constitucional interpretação restritiva dos direitos e garantias, afigurando-se inconstitucional decisão em sentido diverso, que determine o cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Constata-se, pois, flagrante violação

Assembly between individual rights and fundamental guarantees, therefore eternity clause, and, unless better judgment, even can be deliberation proposed constitutional amendment aimed at abolishing individual rights and guarantees such as the presumption of innocence before the final transit of the criminal decision of conviction, the content of the art. 60, § 4th, IV, of the Constitution.

The constituent Assembly has chosen to confer greater guarantee to the accused, requiring traffic in trial for the removal of the principle of presumption of innocence. Thus, any attempt to remove, reduce or modify the as contained in the constitutional text is a barrier to the principle of banning the social backlash.

If you're not with that closing your eyes to the human rights of victims, nor the righteous aspirations of society that calls for an end to the impunity and the Judiciary on the lengthy sufferings and difficulties created by the Brazilian system. Occurs that the State cannot, by way of giving concreteness and meaning to the principle of reasonable duration of the process, forcing the speed of traffic in trial of criminal judgments damning in flagrant and total compliance with the constitutional text, and affront to individual rights and guarantees.

There, are, on the choice of constituent, which did enter the principle of presumption of innocence among the fundamental rights and guarantees, any margin to extract from the constitutional text restrictive interpretation of the rights and guarantees, which if unconstitutional decision otherwise, to determine compliance with anticipated before the traffic penalty in trial of penal sentence of conviction.

There is therefore a flagrant violation of



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

aos direitos humanos diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, com força vinculante a todo País, impõe aos réus o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, em aberta violação a expresso texto da Constituição, da qual é guardião o próprio Supremo Tribunal Federal.

A questão é dramática tanto nas hipóteses em que o réu é condenado em primeira e segunda instâncias e aguarda julgamento de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça ou de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, como nos casos em que o réu é absolvido em primeira instância, condenado em segunda instância, e aguarda julgamento de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça ou de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Poderá ocorrer, inclusive, desta decisão em segunda instância não ser unânime, o que na segunda hipótese parece ainda mais distante a noção de justo processo (*fair trial*) diante do cumprimento antecipado da pena.

Resta saber o que fazer diante de uma decisão inconstitucional proferida pelo guardião da Constituição, sobretudo quando possuidora da eficácia vinculante e *erga omnes*.

Além da noção do trânsito em julgado não comportar variação, para efeito do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, deve se indagar sobre a responsabilidade do Estado nas hipóteses em que houver acolhimento dos recursos especiais ou extraordinários dos réus, com absolvição destes, o que acarreta, por conseguinte, a extinção da punibilidade e a soltura do cárcere. Considerando que o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal dispõe que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, a discussão acerca da responsabilidade civil do Estado certamente ganhará novo fôlego.

A solução que se afigura mais

human rights in the face of the decision of the Supreme Court who, with binding force to the country, imposes on the fulfilment of the penalty defendants before the traffic, in open violation of the Constitution's text Express, of which he is the guardian's own Supreme Court.

The issue is dramatic in both hypotheses in which the defendant is sentenced in first and second instances and awaits trial of special appeal to the Superior Court of Justice or of extraordinary appeal to the Supreme Court, as in cases where the defendant is acquitted in first instance, convicted in second instance, and awaits trial of special appeal to the Superior Court of Justice or of extraordinary appeal to the Supreme Court. May occur, including this decision at second instance does not be unanimous, that the second one seems even more distant the notion of fair process (*fair trial*) before the early fulfilment of the penalty.

The question is, what to do before an unconstitutional decision rendered by the guardian of the Constitution, especially as possessor of the binding and effectiveness *erga omnes*.

In addition to the notion of traffic in judged not behave variation, for the purposes of the article 5th, LVII, of the Federal Constitution, should inquire about the responsibility of the State in cases in which there is reception of special or extraordinary resources of the defendants, with acquittal of these, which carries therefore the extinction of criminality and the release from jail. Whereas the art. 5th, LXXV, of the Federal Constitution provides that the State shall indemnify the convicted of judicial error, the discussion about the civil liability of the State certainly will gain new impetus.

The solution that seems more



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

consentânea ao texto constitucional – considerando-se que dificilmente haverá alteração jurisprudencial enquanto não houver significativa alteração dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal – pode ser encontrada no próprio ordenamento jurídico. Isso porque o art. 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estatui que "o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos". Tal dispositivo remete-nos às Cortes internacionais de direitos humanos, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo regramento encontra-se no art. 52 e seguintes da Convenção Americana de Direito Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Considerando-se que somente os Estados-Partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos são legitimadas a submeterem um caso à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 61, alínea 1, da Convenção), recomenda-se que o tema seja levado à referida Corte, seja pelo Estado brasileiro – através do órgão diplomático competente –, seja por pessoa, grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida, que apresente à Comissão petição que contenha denúncia ou queixa de violação da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 44), e obtida sentença da Corte Interamericana com caráter definitivo e inapelável, devendo ser cumprida pelo Estado brasileiro, nos termos do art. 67, alínea 1, da Convenção.

Tal solução, guardadas as devidas proporções e singularidades, também pode ser encontrada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, estabelecido pelo art. 19 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Naquela Corte, porém, mesmo pessoa física pode apresentar sua petição ou queixa apontando violação aos direitos

appropriate to the constitutional text – considering that there will be legal as long as there is no significant change amendment of the Ministers who make up the Supreme Court – can be found in its own legal system. That's because the art.^{thc7}, the Constitutional provisions Transitional Act provides that "the Brazil propugnará by the formation of an International Court of Human Rights". Such a device refers to the international courts of human rights, such as the Inter-American Court of Human Rights, whose Bill is in art. 52 and following of the American Convention on human rights, also known as the Pact of San José of Costa Rica.

Considering that only the States parties and the Inter-American Commission on human rights are legitimised to submit a case to the decision of the Inter-American Court of Human Rights (art. 61, 1 (a), of the Convention), it is recommended that the issue be taken to the Court, either by the Brazilian State - through the competent diplomatic organ - by any person, group of persons or non-governmental entity legally recognized, to submit to the Commission a petition containing complaint or reported violation of the American Convention on human rights (art. 44), and obtained a sentence of the Inter-American Court with finality and final and shall be complied with by the Brazilian State, pursuant to article 67, paragraph 1, of the Convention.

Such a solution, saved the appropriate proportions and singularities can also be found in the European Court of Human Rights established by art. 19 of the European Convention on Human Rights. That Court, however, even an individual can submit your petition or complaint by pointing out violations of human rights (art. 34 of the



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

humanos (art. 34 da Convenção Europeia).

Finalmente, é mister uma última consideração. Com o trágico acidente que vitimou o relator do **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246**, o qual conduziu o entendimento de ausência de impedimento ao cumprimento antecipado da pena, e havendo o Presidente de República indicado o sucessor à vaga aberta para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, o entendimento firmado pela Corte pode vir a sofrer modificação caso o tema volte à pauta e o novo ministro tenha entendimento diverso sobre o tema, o que, juntamente com os quatro ministros que defendem a ilegalidade do cumprimento antecipado da pena, e com o voto da ministra que deixara de se manifestar, ter-se-ia seis votos a favor do respeito ao princípio da presunção de inocência.

Este é, salvo melhor juízo, o Relatório de Constatação de Violação aos Direitos Humanos com Parecer conclusivo do Grupo de Trabalho da Comissão de Estudos de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

São Paulo, 20 de junho de 2016.

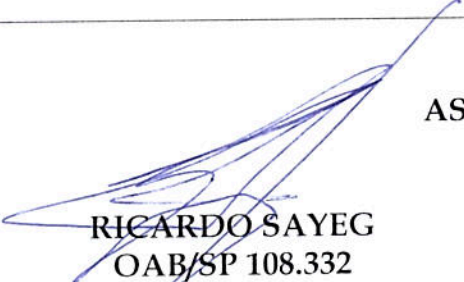
European Convention).

Finally, mister one last consideration. With the tragic accident that claimed the Rapporteur of the extraordinary appeal with interlocutory appeal (ARE) 964246, which had led the understanding of absence of impediment to fulfilling anticipated, and the President of the Republic appointed the successor to the vacancy for the position of Minister of the Supreme Court, the understanding reached by the Court can be modified if the subject back to the agenda and the new Minister has diverse understanding about the theme, which, along with the four Ministers who argue the illegality of early compliance, and with the vote of the Minister who had left to express, would have six votes in favour of the respect for the principle of presumption of innocence.

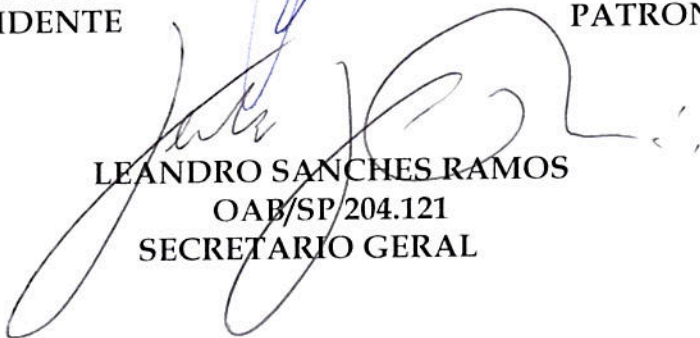
This is, unless better judgment, the Finding report of violation of human rights with conclusive Opinion of the Working Group of the Commission on Human Rights Studies of the São Paulo lawyers Institute-IASP.

São Paulo, 20th, June, 2016.

ASSINATURAS


RICARDO SAYEG
OAB/SP 108.332
PRESIDENTE


HENRIQUE NELSON CALANDRA
OAB/SP 37.780
PATRONO


LEANDRO SANCHES RAMOS
OAB/SP 204.121
SECRETARIO GERAL



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

SILVANO ANDRADE DO BOMFIM

OAB/SP 154.691

RELATOR

GISELE DE OLIVEIRA SOARES

OAB/SP 174.753

EDUARDO TUMA

OAB/SP 238.564

ERCULES MATOS E SILVA

OAB/SP 159.169

ROSANE PEREIRA DOS SANTOS

OAB/SP 199.241

RODRIGO SAYEG

OAB/SP 214.853-E