

## **Transcrição da sustentação da Ordem dos Advogados do Brasil Sessão do STF de 17/10/2019**

**Dr. Juliano Breda, presidente da Comissão de Garantia do direito de defesa da OAB Nacional**

Excelentíssimo senhor Ministro Presidente do egrégio STF, Dias Toffoli, excelentíssimas senhoras ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, relator das três ADCs, excelentíssimos ministros que compõem a corte, excelentíssimo vice-procurador-geral da República, colegas advogados e advogadas, senhoras e senhores servidores.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cumprindo o dever que lhe impõe a Lei 8.906/94, volta a essa sagrada tribuna, em cumprimento do dever legal de defesa da Constituição da República e da ordem jurídica do Estado Democrático. Pede, essencialmente, desde o ajuizamento da ADC 44, o respeito à consagração de um direito fundamental plasmado de forma clara, inequívoca, inquestionável pela Assembleia Nacional Constituinte. A Constituição, documento de reorganização social, política, econômica de uma nação, após viver tempos de obscurantismo, se constitui sempre como uma resposta ao passado e uma proposta para o futuro. Dentro dessa dimensão não é possível deixarmos de lado a constatação de que o constituinte em 1988 respondia a décadas de um processo penal inquisitório, de um modelo autoritário de justiça criminal. Quando o constituinte entendeu essencial trazer à Constituição de República o catálogo de direitos fundamentais, de garantias individuais do cidadão, estava ele respondendo a décadas de arbitrariedade no sistema de justiça criminal e projetando um novo modelo de respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos suspeitos da prática de uma infração penal.

É nessa perspectiva que a Ordem dos Advogados do Brasil quer trazer ao Supremo novas ponderações no julgamento de mérito, além daquelas feitas na ação cautelar. E a primeira delas é o aspecto histórico da redação do Art. 5º, inciso LVII da Constituição da República, que proclama o princípio da presunção de inocência. Lembro uma frase da ministra Rosa, quando do julgamento da cautelar, de que não conseguia, não poderia se afastar da literalidade do Art. 5º, inciso LVII, e eu agrego: a literalidade do Art. 5º, LVII, tem a sua razão de ser. Historicamente, como nós demonstraremos, ele foi redigido com o deliberado propósito da Assembleia Nacional Constituinte de impedir, de maneira incontornável, a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Digo isso com base em uma série de elementos históricos. Em 1986, o Presidente da República, José Sarney, cria uma comissão provisória de estudos constitucionais, presidida então por Afonso Arinos e composta por 50 grandes notáveis do país, juristas, economistas, empresários, pessoas de todos os setores da economia, setores sociais, representantes de sindicatos, dos trabalhadores. Entre eles e entre o grupo de juristas que lá compunha essa comissão de notáveis, certamente, com o respeito de todos os demais presentes, a figura mais ilustre que nos assiste hoje, que honra esse

juízo e que nos prestigia, o ex-ministro da casa José Paulo Sepúlveda Pertence, a quem devemos render sempre todas as nossas homenagens.

E embora o relatório, esse anteprojeto de Constituição da comissão presidida por Afonso Arinos não tenha formalizado o processo histórico da Assembleia Nacional Constituinte, não tenha sido protocolizado perante a Assembleia Nacional Constituinte, ele foi publicado pelo Presidente da República como uma sugestão prévia de início dos trabalhos. E o projeto, ministro Marco Aurélio, sugeria à constituinte o seguinte texto, no Art. 43, §7º: presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa. Era inegavelmente um texto que permitiria a execução antecipada da pena até mesmo após a decisão de primeira instância e, em mais especial, após a confirmação por parte dos tribunais.

A Assembleia Nacional Constituinte inicia os seus trabalhos e originariamente o relator oferece aos seus pares o seguinte texto: considera-se inocente todo cidadão até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, o relator, desde o início, rejeitando aquela ideia, aquela proposta originária, de que a execução da pena se vinculasse a simplesmente uma declaração judicial de culpa, desde logo, o relator da Constituição vincula a ideia de culpa, naquele caso de inocência, ao trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. O texto muda três vezes durante a tramitação dos trabalhos, com emendas dos ilustres deputados José Ignácio Ferreira (PMDB-ES) e de outro grande colega da advocacia brasileira, que participou ao longo das últimas décadas da história dessa casa, e conseqüentemente merecia estar presente, o ex-deputado Sigmaringa Seixas. As comissões temáticas e de sistematização aceitam emendas propostas e, ao final, antes da votação no plenário, o texto que hoje está no Art. 5º, LVII é aprovado. E nas emendas ao texto inicial é dito de maneira muito clara que a alteração para a redação atual, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, era exatamente para se evitar as polêmicas decorrentes do conceito de presunção de inocência.

Evoluímos, para dizer a vossas excelências, é isso que a Ordem traz como aprofundamento da reflexão, desse histórico juízo, a importância de que não está só em jogo a discussão dos limites, dos sentidos, dos efeitos, do alcance da garantia constitucional. Os autores não vieram ao Supremo para fazer essa consulta, qual é o conceito, qual é o conteúdo, e a amplitude dessa regra constitucional. Não estamos diante de uma ADPF, em que o preceito fundamental é desvendado pela corte. Nós estamos objetivamente diante de uma ADC que tem como foco principal o artigo 283. É mais uma vez importante, aqui também, lembrar que esse artigo tem origem em uma portaria do Ministério da Justiça, do ministro José Carlos Dias, que constituiu uma comissão para uma ampla reforma do código de processo penal brasileiro, constituída na época por grandes processualistas penais, presidida pela professora Ada, e na exposição de motivos, no ano de 2001, constava a finalidade desse artigo 283. Garantir a impossibilidade, de antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, haver prisão que não fosse de natureza cautelar.

E nos debates na Câmara dos Deputados, no Senado, essa constatação foi inequívoca. Falará em breve o advogado José Eduardo Cardozo, que era deputado federal e foi

relator da matéria na CCJ, ofertando parecer sobre a tramitação dessa matéria, onde constou que a finalidade era exatamente a de impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado e, em especial, para positivizar, para levar o Código de Processo Penal, a orientação firmada em 2011, no HC 84078, relator ministro Eros Grau.

Mas eu trago aqui outro argumento também, que é a evolução histórica dessa matéria no STF. Eu vi em alguns votos e pronunciamentos dos ministros favoráveis à execução antecipada, uma análise a respeito do percurso histórico, do enfrentamento pela corte da execução antecipada da pena. Mas a observação que faço à corte é que essa análise foi realizada de maneira parcial. Suas excelências que admitem a possibilidade de execução da pena antecipadamente geralmente usam o argumento, de maneira repetida, que durante 20 anos o STF permitiu a execução antecipada da pena. Esse é o argumento parcialmente verdadeiro, porque isso diz respeito única e exclusivamente às penas privativas de liberdade. E aqui chamo a atenção para um detalhe fundamental dessa história, de decisões do Supremo a respeito do princípio da presunção de inocência. Em 2004, pela primeira vez, em um acórdão da relatoria do ministro Carlos Velloso, o Supremo permite a execução antecipada das penas restritivas de direito; início do ano de 2004. Ao final de 2004, ambas as turmas da casa começam a conceder HC para o fim de impedir a execução antecipada das sanções restritivas de direito, por um motivo muito simples, sem fazer grandes aprofundamentos em torno do conteúdo e da amplitude do Art. 5º, LVII, porque há, na Lei de Execução Penal, a regra do Art. 147 que vedava a execução antecipada das penas restritivas de direito. Falou-se muito, ao longo dos últimos três anos, que o STF sempre esteve dividido em relação à execução antecipada da pena. Em relação às penas restritivas de direito, que se distinguem apenas na forma de cumprimento das penas privativas de liberdade, mas são identicamente sanções penais, no ano de 2006, todos os ministros desta casa vedavam a execução antecipada das sanções restritivas de direito, em razão de uma norma infraconstitucional que vedava essa possibilidade.

Todos os ministros que compunham a casa entendiam que diante de uma lei infraconstitucional que vedasse a execução antecipada da pena, não poderia o STF permiti-la. Votavam dessa maneira ministros que entendiam pela possibilidade de execução da pena antecipada, da pena privativa de direitos antecipadamente, ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Brito, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. Embora integrando a corte, um pouco mais à frente, e não conseguimos localizar uma decisão específica da ministra Cármen Lúcia, mas também sua excelência, no HC 92275, com base na compreensão unânime do STF à época, afirmou o seguinte: “A pena privativa de liberdade fora substituída por duas penas restritivas de direitos às quais somente se executam depois do trânsito em julgado da condenação, Art. 147 da Lei de Execução Penal”.

Portanto, o argumento que queremos trazer nesse momento é que o enfrentamento dessa matéria deve se dar da mesma maneira, com a mesma objetividade e simplicidade com que lá em 2006 a unanimidade dos ministros dessa casa entendia que não era possível executar antecipadamente uma condenação diante de uma norma específica que vede essa possibilidade. Em conclusão, o entendimento da OAB

é no sentido de reafirmação da Constituição da República, de reafirmação da independência e da liberdade do Poder Legislativo. Entende a OAB que, em nome da força normativa da Constituição, em nome da afirmação histórica das garantias individuais, a ADC 44 deve ser julgada procedente.