

Advogado criminalista



Em 1964, entidades civis e a imprensa como um

todo apoiaram o golpe militar que depôs o presidente João Goulart e instituiu uma ditadura no país. Com o passar dos anos, a própria Ordem dos Advogados do Brasil e o Grupo Globo, por exemplo, admitiram o erro e pediram desculpas. Da mesma forma, um dia pedirão desculpas por glorificar as delações premiadas e tornarem esse instrumento a base do processo penal, desrespeitando direitos e garantias fundamentais. É o que acredita o criminalista **Nelio Machado**, sócio do Nélcio Machado Advogados.

Defensor de presos políticos na ditadura militar, Machado garante que era mais fácil ser advogado de defesa na época do que hoje em dia. Segundo ele, a onda de punitivismo impulsionada pela operação “lava jato” e suas delações cresceu a ponto de quase criminalizar a advocacia. Ao mesmo tempo, o Ministério Público e juízes severos são aplaudidos pela opinião pública.

Um exemplo desse descompasso, de acordo com o criminalista, está na [condenação](#) do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral (PMDB) a 45 anos e 2 meses de prisão. “Era melhor ter decretado prisão perpétua”, ironiza, lembrando que Elize Matsunaga, que assassinou e esquartejou seu marido, [recebeu](#) pena de 19 anos e 11 meses.

Grande parte da culpa por esses exageros está na forma como as colaborações premiadas vêm sendo usadas no Brasil, ressaltava Machado. Ele diz que acusados estão sendo forçados a delatar, critica o peso exagerado que atribuem às informações de colaboradores e avalia que juiz que homologa um acordo do tipo não deveria poder julgar ações que usem suas informações.

Crítico do compromisso de delação firmado por executivos da JBS, Machado apoia sua [rescisão](#) direta. Até porque *recall* de colaboração “é uma anomalia”, declara.



Porém, o criminalista avalia que o Supremo Tribunal Federal precisa avançar na discussão do instituto. Um ponto que a corte deve mudar, na visão dele, é a possibilidade de alguém citado em delação poder questionar o acordo – algo que os ministros [entenderam](#) não ser possível. O advogado opina que isso deve ser permitido se ficar demonstrado que a cooperação teve omissões, favorecimentos e fraudes.

Em entrevista à **ConJur**, concedida em seu escritório, no centro do Rio de Janeiro, Nélcio Machado ainda atacou a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, lamentou que jovens advogados não estudem o passado e defendeu que juízes adquiram mais experiência antes de ingressar na carreira.

Leia a entrevista:

ConJur — Como a regulamentação das delações premiadas pela Lei 12.850/2013 mudou as investigações de organizações criminosas?

Nelcio Machado — Em primeiro lugar, a terminologia que se tem usado nas novas leis extravagantes no país é absolutamente equivocada. Se a gente fizer um retrospectiva histórica, o Código Penal de 1940 foi concebido ao tempo do Estado Novo, com o mundo em guerra. Ali criou-se o crime de quadrilha, como os americanos também tinham crime de conspiração. Eram crimes voltados a perseguir aqueles com relação aos quais não havia uma configuração de tipicidade clara que pudesse justificar uma perseguição penal. A concepção do crime organizado é uma derivação do crime de quadrilha.

Na verdade, há uma grande imperfeição do ponto de vista dogmático de se considerar tal crime como existente. Nós adotamos o crime organizado como tipicidade própria em razão da Convenção de Palermo, mas sem nenhuma reflexão maior. O Brasil vem seguindo o caminho de leis extravagantes em matéria penal, o que é um equívoco muito grande. O saudoso professor Raul Chaves sustentava que o Direito Penal tem de ser todo compendiado em um único diploma legal, o Código Penal. Não teria que ter Lei de Imprensa, Lei de Segurança Nacional, nem Lei dos Crimes Hediondos. Até porque a lei foi feita para todos, não para os doutos e para os juristas. Então, a tipicidade do crime de quadrilha não deveria existir, do mesmo modo que a tipicidade do chamado crime organizado também não devia existir. É preciso punir o ato criminoso pelo que ele representa de ação concreta, ou seja, o roubo, o furto, o estupro e assim por diante. Não há nenhuma necessidade dessa etiqueta de organização criminosa. Como também não havia necessidade de criar crimes hediondos. Isso vem de 1990, quando o empresário Roberto Medina foi sequestrado no Rio de Janeiro. Por isso, criaram a Lei dos Crimes Hediondos, e toda a criminalização maior resultou em insegurança maior, porque o Brasil passou a ter a quarta maior taxa de encarceramento do mundo. E isso não melhorou absolutamente em nada a segurança das pessoas. Mais ainda: começaram a criar regras que, em princípio, implicavam manter por mais tempo as pessoas no cárcere. Quando a pessoa está presa, a perspectiva de melhora é a ideia de que ela possa voltar a alcançar a liberdade.

O Direito Penal estabelece uma sanção, mas ele também tem que te dar a chance de você ter uma reinserção social. O Estado é um vencedor, o condenado é um vencido que está à mercê do Estado. Nós sabemos a realidade das nossas cadeias. Pior, nós sabemos também que 40% aproximadamente da população carcerária no Brasil é composta por pessoas que não foram julgadas ainda em definitivo. E a solução que estão encontrando agora é a pior possível. Vamos julgar depressa para legitimar a prisão provisória em prisão definitiva. O conceito de organização criminosa é equivocado. É preciso punir as



ações. Da mesma forma, eu penso que seria até questionável a tipicidade de lavagem de dinheiro. Porque a lavagem de dinheiro, tal como estão utilizando, é muito mais um exaurimento de um crime anterior, por exemplo, na hipótese da corrupção. Então basta isso. Não é preciso dizer que o que se gastou com dinheiro resultante da corrupção corresponde a um outro crime da lavagem. Aqui há um desconhecimento geral de um princípio básico, que seria o conflito aparente de normas. Vou te dar um exemplo: um talão de cheques. Alguém subtrai de um terceiro, falsifica a assinatura, vai ao banco e desconta o dinheiro que não lhe pertence. Se você olhar com rigor, sem uma perspectiva finalística, dirá tem o crime de furto, tem o crime de falso e tem o crime de estelionato. Mas não, tem um crime só, que açambarca todos os demais. O Direito Penal que eu aprendi era um Direito Penal humanístico, um Direito Penal em que ao réu primário de bons antecedentes destinava-se uma pena menor e não uma pena completamente descolada do princípio da razoabilidade, que é uma lição que vem desde Cesare Beccaria. Então, a primeira observação que eu gostaria de fazer é que nós deveríamos simplificar a lei penal. Nós sofisticamos muito o Direito Penal, com leis que ninguém domina, com leis que mudam muito, a cada fato de grande repercussão.

Aí vamos chegar à barganha, que outra coisa não é senão a delação. A nossa tradição nunca foi simpática ao instituto da delação ou colaboração premiada. Seria, quando muito, uma mera atenuante da pena. No tempo em que eu comecei a advogar, após o golpe Militar de 1964, o Ato Institucional 5, o réu que procedesse em sua defesa no caminho de dedurar o colega — e existia tortura — era marginalizado do grupo. E em juízo eles se retratavam e apontavam que o comportamento era uma decorrência de constrangimento, de tortura. Algumas vezes, torturas resultavam em mortes, que eram ocultadas por desaparecimentos. Se a gente voltar na história, os franceses que aderiram ao nazismo eram chamados de “colaboradores”, e essa palavra virou pejorativa. “Alcaguete” também sempre foi considerada uma palavra feia, desde a meninice. Então, quando pensamos que o caminho da justiça é o caminho da delação e fazemos com que o Joaquim Silvério dos Reis seja mais importante que Tiradentes, alguma coisa está errada. Em verdade, o que se tem é uma grande desordem.

E, subitamente, os comentaristas que nada entendem de lei, mas que de alguma forma se empolgam com a punição, passaram a ter mais voz. Aí há outra incoerência, porque tempos atrás, quando se falava em Direito Penal nos eventos internacionais, nos estudos acadêmicos, afirmava-se o abolicionismo. O Direito Penal não serve para nada, faz com que as pessoas fiquem muito piores do que quando entraram na cadeia. Desde 1215, o mundo foi evoluindo com a garantia do devido processo legal. Tivemos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Revolução Francesa, o iluminismo, a Carta da ONU, a Ideia Básica, o Pacto de São José, a ideia de que todo mundo é presumivelmente inocente. E a Constituição é muito clara quanto a isso, dizendo que se presume a inocência e a prisão só se legitima após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Todo esse arcabouço normativo, ideológico, correto, progressista, que representou uma espécie de resposta aos anos de chumbo, de repente é transformado pela prática judiciária, de juízes combatentes da criminalidade e que não julgam, mas participam da investigação – outra excrescência do Brasil.

Nos EUA, inexistente a figura do juiz que homologa a delação. O que existe lá é uma negociação entre acusação e defesa. É uma aberração jurídica que o juiz chancela uma colaboração firmada entre as partes. O juiz tem de ser neutro, não pode ter lado. O juiz não precisa saber absolutamente nada sobre coisa alguma. Ele tem que deliberar conforme a sua consciência. Outro problema gravíssimo que nos



assola é a permanência do chamado juiz monocrático. O juiz de primeiro grau tinha um controle dos órgãos que lhe são superiores, mas nos últimos tempos, em razão também de uma publicidade opressiva, o tribunal, para não se indispor com a população, mantém a decisão e os outros tribunais, a pretexto que estão distantes e que não podem examinar provas, ou porque a decisão isolada não pode ser passível de exame, não examinam ou se examinam, endossam aquela decisão anterior. Ou seja, quando se diz aqui que tem várias instâncias é uma falácia. Não tem várias instâncias no Brasil, tem um juízo que decide sozinho e que participa da investigação, logo não tem o requisito da imparcialidade. Na operação satiagraha, eu defendi o Daniel Dantas. E o relator do Habeas Corpus do Supremo Tribunal Federal foi o o ministro Eros Grau. E ele verbera contra essa situação dizendo mais ou menos o seguinte: “Bom, eu já escutei tudo sobre a sua vida, eu chamei a investigação, eu sei dos seus telefonemas, dos seus contatos, das suas ligações, e eu estou absolutamente convencido da sua culpa, mas agora eu vou lhe interrogar e quem sabe em alguns minutos você me convença que eu estou errado”. E aí ele propõe como melhor solução a sorte nas ordálias, a prova de fogo medieval.

ConJur — Com isso, a advocacia está sendo rebaixada no Brasil?

Nelio Machado — Quando eu comecei a advogar, via-se o advogado como uma figura essencial, como manda a Constituição, a administração da Justiça. A própria imprensa, que vivia perseguições, se identificava com os advogados. Era como se imprensa e advogados estivessem juntos na luta pelo restabelecimento do Estado Democrático de Direito. Paradoxalmente, vem a Constituição dita cidadã, e os advogados passam a ser marginalizados, hostilizados, tratados como se fossem figuras desprezíveis. E o Ministério Público, subitamente, ganha um prestígio inaudito – a partir da Carta de 1988, eles até se julgam o quarto Poder da República, com um monumentalismo extraordinário, haja vista os prédios que eles têm, os meios materiais. Basta comparar com os da Defensoria Pública – de repente, o povo interessa menos e a perseguição interessa mais. Por outro lado, a advocacia privada é considerada um luxo. Quer dizer, o sujeito que constituiu um advogado já é de alguma forma visto com preconceito.

A Lei Complementar 75/1993, que é a lei orgânica do Ministério Público, dá poderes ao órgão que são absurdos. Por exemplo, a Constituição tem uma norma, no artigo 144, que cuida dos poderes de investigação, que deixa claro que o Ministério Público não poderia investigar, para não se contaminar com a investigação. Mas tanto lutaram, tanta mobilização, o povo foi para a rua contra a PEC 37, sem nem saber o que é uma PEC... Lutaram pelos poderes de investigação do Ministério Público, poderes esses que ficam, de certa forma, à sorrelfa, quando o advogado quer ver uma investigação. Antigamente, se o advogado queria ver uma investigação, ia lá, olhava, e depois levava seu cliente. Hoje, não. Você prende, conduz, para surpreender, e, conseqüentemente, para obter uma prova. Isso não é devido processo legal, isso é a completa antinomia, absoluta subversão do que deve ser o processo penal. Vamos voltar ao passado. No regime militar era ruim, o advogado não chegava, um absurdo.

Mas só que quando ia-se a julgamento alegava-se que a prova tinha sido colhida no inquérito. Quando o cidadão era torturado, a prova judicial prevalecia. Quando se permite a interceptação telefônica, não só se retira do investigado o direito de não se autoincriminar, que é uma balela, porque você está desprotegido, e ao telefone falam-se coisas que não necessariamente são verdadeiras, tem às vezes o *animus jocandi*, você de alguma forma está fazendo uma piada, está fazendo uma observação, como se você tivesse conversando numa mesa, na sua casa, numa mesa de bar, e isso é erigido como comprometimento penal. A prova ilícita hoje é tratada à largueza. Ou seja, admite-se a prova ilícita



como se os fins justificassem os meios, quando na verdade jamais poderia ser assim, senão seria possível tolerar a tortura. Nós estamos seguindo a barganha dos EUA de forma errada. A barganha deles é cultural, a nossa não é. Por outro lado, lá se alguém fizer uma barganha e trazer à tona colaboração ou delação, de ordinário fala uma vez só. Se faltar com a verdade, acabou. Aqui tem até *recall* de delação, algo completamente absurdo. Como se fosse um automóvel — está com um parafuso frouxo, então vamos apertar a roda. Dão uma conotação totalmente equivocada, porque não podem perder a delação. Essa última [da JBS], extremamente polêmica que todo mundo está acompanhando, sem declinar qual é, em que não tem processo, não tem pena, as pessoas podem sair do Brasil e não tem nenhum tipo de reprimenda... É insustentável. E isso não está transparente.

ConJur — A Lei 12.850/2013 é mal-feita?

Nélio Machado — A lei do crime organizado, é uma lei muito mal-feita, as penas que estão sendo utilizadas são completamente desproporcionais. Estão usando o acúmulo de penas de uma forma completamente ilógica, sem falar na utilização da prisão como método coercitivo para obter delação. Aí vem o argumento “vários delataram ou colaboraram sem que tivessem sido presos”. Não é verdade, porque chegava a notícia que seriam presos, mas não o seriam caso delatassem. Sem contar também a coincidência de advogados de delatores transformarem-se em advogados de delatados, repetidas vezes. O que do ponto de vista da lei penal é pelo menos duvidoso, sem falar na ética e dos controles próprios da OAB, que também tem claudicado, porque tem se preocupado mais com a persecução e menos com a defesa. Isso vem desde o caso Collor. O Evaristo de Moraes escreveu um artigo, “O advogado criminal, esse injustiçado”, porque ao tempo que ele defendeu o Collor, de quem ele fora adversário, ele foi hostilizado na ocasião pela sua própria entidade de classe, a qual tanto serviu.

Então, o nosso papel hoje está mal-visto, está mal-interpretado, e essa balança tem que ser recolocada numa perspectiva muito diferente daquela que está acontecendo. Não penso que a delação tenha vindo para ficar. Acho que esse último episódio vai forçar uma revisão. Muitos dos que colaboraram devem estar pensando “vem cá, não foi equânime”. Quem tinha mais não teve pena nenhuma, quem tinha menos teve pena maior, e quem não delatou acabou tendo uma pena severa. Pior, interpretam errado o princípio constitucional da duração razoável do processo. Esse princípio foi posto na Constituição para permitir que uma pessoa idosa usufruisse em vida de um benefício qualquer, mas ele está sendo usado em desfavor do direito de ampla defesa. Vamos andar depressa com o processo para condenar rápido e executar imediatamente, ou seja, cancelar aquela prisão temporária transformada em preventiva, depois condenação pelo tribunal. A medida cautelar pode ser usada de forma excepcional.

O Brasil é um país tão *sui generis* que quando disseram que a prisão era maléfica e tinha que ser evitada, veio uma mudança no Código de Processo Penal, com a introdução do artigo 319, a sugerir a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas. O que aconteceu na prática? Não só mantiveram as preventivas como também, quando não cabia nenhum tipo de medida constritiva, aplicavam o 319. Antigamente, impetrado um Habeas Corpus e concedida ordem por faltar um pressuposto de razoabilidade para determinação daquela medida constritiva punha-se em liberdade. Às vezes com uma medida de cautela, comparecimento semanal, mensal ou trimestral, excepcionalíssimamente também recolhimento de passaporte. Agora mudou. Houve uma coisa curiosa recentemente no Rio de Janeiro. O estado não tinha tornozeleiras eletrônicas suficientes, e as pessoas, em vez de serem postas em liberdade, foram presas. Que mundo é esse que nós estamos vivendo? E as



As pessoas estão se comprazendo com a maldade, com o sofrimento, esquecendo que qualquer um pode ser atingido pelo rigor da lei e o mínimo que se tem que exigir é que haja observância das garantias fundamentais. Quando não observamos o direito de quem quer que seja, o nosso direito pode ser violado.

As pessoas estão empolgadas com a repressão, não estão se dando conta que a segurança pública não melhora, a prisão não é boa para o desfavorecido. Começam agora a achar que ela é exemplar para quem usa paletó e gravata. Mas o fato de alguém ser mais bem situado economicamente, culturalmente, socialmente não significa que a sociedade deva exercer uma espécie de *vendetta*. É até um paradoxo: eu posso defender uma pessoa mais humilde no tribunal do júri, conseguir, de certo modo, que ela se defenda em liberdade. Mas se tiver um caso que venha a alcançar repercussão jornalística, as dificuldades são enormes porque o caso tem uma conotação de estrépito popular e que leva a esse verdadeiro assanhamento punitivo. E aí o Direito Penal passa a ser uma coisa doentia, as pessoas ficam felizes porque alguém está sofrendo. As pessoas eram colocadas no cárcere, sem possibilidade de visitação de advogado, de família. Só visitação em parlatório de 20 minutos. Evidente que depois de um certo tempo surge um milagre. “Quer colaborar?” “Quero. Não quero, mas vou.” Daí vem alguém e pergunta ao preso: “O senhor colaborou espontaneamente?” Resposta: “Claro que sim”. Verdade: claro que não.

ConJur — Isso pode ser equiparado à tortura?

Nelio Machado — É uma tortura sofisticada. A tortura em que o torturador está torturando e o torturado sabe que está sendo torturado é um jogo bruto. A outra é sutil, mas nem por isso menos perversa. E, no fundo, há uma espécie de engodo generalizado, e as pessoas consentindo no engodo. Quando há uma ação penal em que quatro ou cinco réus passam à delação, alguma coisa está errada. Isso não é normal. E o papel do advogado é enfrentamento, é estabelecer limites entre os ardores da punição e os acusados – no mínimo, o cumprimento das garantias da lei. Aliás o falecido ministro Teori Zavascki, julgando um certo Habeas Corpus, disse: “Seria medievalesco supor que se tenha prendido com o propósito de se obter confissão ou colaboração”. A frase é de efeito. Eu diria que não se compatibiliza com as garantias da Constituição. Na verdade, sendo severo, numa visão crítica, é medievalesco.



ConJur — No ano passado, o senador Renan Calheiros (PMDB-AL) defendeu que houvesse uma reforma na Lei das Organizações Criminosas para proibir a celebração de acordo de delação premiada com réu preso. O que o senhor pensa dessa proposta?

Nelio Machado — Isso é absolutamente correto. Quando se confia só na delação, o Estado está abdicando da sua capacidade de investigar. E também tem outro detalhe: quando o Estado coloca alguém com gravador oculto para falar com um comparsa, e depois um se beneficia, e o outro se arrebenta, isso, inclusive, é inversão dogmática dos princípios básicos. De acordo com a boa doutrina, é possível gravar alguém se você for vítima de extorsão, de alguém que, de algum modo, queira te fazer um mal. Mas se você tem cumplicidade, participa de um comportamento que é contrário à lei, é ilegal essa gravação. Eu me dou bem e o outro se arrebenta. Isso viola o artigo 29 do Código Penal: quem pratica um crime incide nas penas a ele cominadas, na medida da sua culpabilidade. O que a delação premiada faz é o seguinte: está erradicado o artigo 29. Quem for cupincha do juiz ou chapinha do Ministério Público vai ter um tratamento benevolente. Quem for hostil, ou seja, “eu quero ter a dignidade de me defender”, não, vai se arrebentar. A nossa sociedade perdeu completamente a noção do que é justo, do que é equilibrado. Nós temos hoje cerca de 200 delações, é inimaginável.

Também pela tradição americana, o cabeça pode ser delatado, mas não pode delatar. E o que está acontecendo aqui é que, eventualmente, estão aceitando delações de cima para baixo. Eu tenho uma posição pessoal, minha e do meu escritório, de absoluta intransigência com esse instituto. Não só eu, outros advogados também pensam da mesma forma. Já fomos majoritários, hoje somos minoritários. Mas aí vem uma frase linda do Darcy Ribeiro, antropólogo, que diz mais ou menos o seguinte: “Fracassei em tudo o que tentei na vida. Mas eu detestaria estar no lugar de quem me venceu”. Então, se eu tiver de ser derrotado, prefiro que assim seja. E tenho sido derrotado, porque nessas causas em geral eu entro e saio, porque quando eu entro, proponho luta, proponho defesa, proponho discutir competência.

Esse caso rumoroso que está no Paraná não podia estar lá [operação “lava jato”], porque essa empresa importante, a maior do Brasil [Petrobras], é sediada no Rio de Janeiro, e o critério da prevenção que tem sido sufragado nas decisões é um critério subsidiário do artigo 78 do Código de Processo Penal. O que decide a competência é crime mais grave e a maior quantidade de crimes. Nos outros casos, ou seja, se esses dois contextos não prevalecerem aí, sim, vale a prevenção. Inverteu-se tudo.

ConJur — Como o senhor avalia as penas que têm sido impostas pela operação “lava jato”? Elas são justas ou rigorosas demais?

Nelio Machado — As penas que eu tenho visto são superiores à de homicídio triplamente qualificado. E tem a pressão da família. A família acaba não resistindo. Então, mesmo que o preso não queira colaborar, ele acaba sendo forçado a isso. Colaborar não significa, no fundo, aceitação de culpa, porque não há sequer um critério muito profundo de verificação da verdade. A chamada prova de corroboração é algo aleatório. Se exige um carimbo do juiz, e é como se ele tivesse examinado quando, na verdade, não há nem tempo hábil para examinar nada. Isso não se chama julgamento, isso é um aval irrestrito àquilo que havia sido convencido de uma maneira não necessariamente equânime e justa.

ConJur — A delação premiada, como regulamentada pela Lei 12.850/2013, é coerente com o sistema penal e processual penal do Brasil?

Nelio Machado — Absolutamente não. Ela é viciada. Primeiro porque é uma cópia servil, mal-feita.



Segundo, com um elastério desmedido, o juiz não poderia participar da delação, e, se participasse, não poderia julgar. Então está errado sob qualquer ângulo. E acho que nenhum julgamento que pudesse implicar privação da liberdade, e assim é na maior parte dos países civilizados, isso não poderia ser decidido senão em audiência pública, oral, com a presença da imprensa, inclusive para assistir o julgamento. Porque nesses casos rumorosos, especialmente nos que vêm do Paraná, as audiências não são públicas. A imprensa fica do lado de fora e o que vemos depois na televisão é uma edição, e a cena que é apresentada concentra a imagem em quem está depondo. Perde-se a noção do conjunto. Outra coisa: muitos depoimentos podiam ser evitados. Há pessoas que depuseram 100 vezes, 200 vezes. Por quê? Água mole em pedra dura tanto bate até que fura? Não, é possível juntar todo mundo num auditório e determinar que a prova vai valer para todos os casos.

O próprio julgamento da Ação Penal 470, o processo do mensalão, no Supremo, durou muito tempo porque começava tarde e terminava cedo. Começava às 14h e terminava antes das 20h. Eu fiz julgamentos na Justiça Militar de 83 réus, em que requisitaram um auditório do Comando Militar da Aeronáutica e, em dez dias, a gente liquidou tudo. Particpei da operação mosaico, que eram 80 réus também, o chefe da polícia federal era o Romeu Tuma, que levou uns dez dias também. E olha que, quando eu comecei a advogar, cada ministro do Supremo tinha um assessor, dois. Hoje eu nem sei quantos são. E muitas das vezes o voto não é prolatado por estudo direto. É claro que é justo e legítimo, ter assessoria, eu tenho no meu escritório, mas a obra do juiz tem que ser pessoal. Sentença vem do latim sentire, quem é que pode sentir? Quem estudou – o ministro. Sem falar na titularidade. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, criou, com objeção de dois ministros, Celso de Mello e Marco Aurélio, a figura de juiz auxiliar, que nada mais é do que um juiz de ordinário de primeira instância julgando casos de competência originária. Ora, é como se você colocasse um capitão para julgar um general – é uma subversão. A Constituição fala em competência “para processar e julgar”. Na Ação Penal 470, o ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, não ouviu nenhuma testemunha e não interrogou nenhum réu. E o voto tem mais de mil páginas. Isso está errado.

ConJur — Uma crítica recorrente é que os processos demoram muito porque há muitas possibilidades de se recorrer. E isso acabaria por congestionar o Supremo, afastando-o de sua função de corte constitucional. O senhor concorda com esse argumento?

Nelio Machado — Essa comparação com outros sistemas não faz sentido. A Justiça de primeiro grau não é de qualidade. A de segundo grau tende a endossar a decisão de primeiro grau. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo, há quem diga, equivocadamente, que não são tribunais feitos para fazer justiça, e, sim, para fazer valer a uniformidade da jurisprudência. E aí ficam com questiúnculas, “questionou, não prequestionou”. Há muitos julgamentos abstratos sobre temas como “é proibido proibir ou não é proibido proibir”, como a questão do aborto de anencéfalo. Não que não sejam temas importantes, mas mais importante que isso tudo talvez seja que o Supremo respeite sua tradição de tribunal garantidor das liberdades, de sentinela da Constituição. É o último baluarte, a última oportunidade. Então quando o Supremo diz que o Habeas Corpus atrapalha, que tem Habeas Corpus demais, ele está rompendo com a sua vocação.

ConJur — Houve uma mudança no perfil dos advogados criminais? A nova geração é muito focada em resultados, sem dar tanta importância às lutas que foram necessárias para conquistar garantias fundamentais?

Nelio Machado



— Vou recorrer a uma frase do Nelson Rodrigues: “Envelheçam”. Porque muitas vezes a juventude não vivenciou o que aconteceu antes, embora não seja culpa dela. Mas ela pode resgatar, pelo estudo histórico, o que aconteceu antes. Eu já ouvi pessoas dizendo, “ah, porque a obra do Nelson Hungria, maior penalista brasileiro, não está atualizada”. Como não está atualizada? Voltaire, Platão, Aristóteles estão fora de época? Eu me recuso a aceitar isso. O jovem tem obrigação de estudar o passado. E estudando o passado, tem que saber que houve Estado Novo, tem que saber que teve nazismo, que teve fascismo, que houve golpe de 1964, que houve Ato Institucional 5. Devem ler os clássicos, como Psicologia Judiciária, de Enrico Altavilla, que diz que na boca de quem cometeu um crime para se salvar é muito mais fácil encontrar mentira do que a verdade.

Está faltando um pouco de cultura humanística e respeito ao passado. Nós vivemos uma cultura do moderno, do jovem, do bonito, do estético, do escritório arrumado, do escritório-empresa. Advocacia não é empresa. Advocacia é sacerdócio, é fazer o bem, é proteger uma pessoa que está numa relação desigual diante da força avassaladora do Estado. Cito uma frase de Roberto Lira: “Mesmo o pior dos fascínoras carrega em si mesmo a centelha da sua redenção”. A sociedade não é feita por ascetas. Crime é uma conduta humana, existe desde que o mundo é mundo, e em todos os lugares. Não adianta querer criar uma espécie de eugenia em termos de que a sociedade deve ser perfeita – não será. E quando houver uma transgressão, que a sociedade tenha uma espécie de parcimônia, de usar o duro metal da lei, que não tem que ferir mais do que o ferimento causado pelo crime. Temos que ter um retorno às tradições de inteligência, e isso se aplica a todos – à advocacia, ao Ministério Público, aos juízes. Quando a gente olha o Supremo antigo, Evandro Lins e Silva, Vitor Nunes Leal, Hermes Lima, é como se fosse uma constelação de sábios.



O juiz da Inglaterra é arregimentado entre os *barristers*, são os advogados consagrados. Aqui, há juízes, e não poucos, que terminam a faculdade, fizeram um estágio simbólico, passam no concurso, ganham carro oficial, um salário muito além da mesada do papai e da mamãe e passam a ter uma caneta com o poder de botar na cadeia quem eles bem entenderem. Isso é completamente fora do razoável. Nos EUA, não tem concurso público. O juiz é eleito ou nomeado, se federal, pelo presidente. Aqui é o concurso, mas o concurso não é uma garantia plena de qualidade. Talvez uma pessoa sem concurso, mas forjada na sua grande experiência, seja melhor. Na Inglaterra os juízes beiram os 50 anos, daí para cima. Aqui, não. Há juízes aí, que eu não quero nominar, muito celebrados, que têm dois ou três anos de advocacia. Aí julgam um tipo de causa e só aquilo. É o fim da picada. Então está bom, não precisamos copiar a Inglaterra, vamos botar uns dez anos pelo menos e uma prova de que advogou. O próprio Ministério Público, quando eu comecei a advogar, a carreira era única, englobando defensor público e depois o camarada era promovido a promotor. O erro era a promoção, eu acho que o certo é continuar junto, mas com a opção de se tornar defensor com o mesmo status no Ministério Público. Agora, existem algumas coisas curiosas. Alguns promotores tornam-se juízes e ficam equilibrados e brandos. Às vezes, um advogado que era liberal vira juiz e passa a ser um verdugo. Há advogados que se transformam em juízes e não recebem advogados ou têm má-vontade. Começam a ter ojeriza do réu, réu pobre, mal-cheiroso. Ou então a *vendetta* – o sujeito é importante e ele acha que tem que ser muito severo para mostrar que é independente. O juiz deveria pensar muito antes de mandar alguém para a cadeia. E penso que o juiz deveria ter o dever de visitar cadeias. Passou para juiz? Tudo bem, só pode começar a atuar depois de passar três meses visitando cadeias. Ou então fica julgando ação de locação, ação de contrato de mútuo, coisas assim. Mas não decidindo o destino do seu semelhante.

ConJur — O Ministério Público, no Brasil, não tem poder de punir. Sendo assim, ele pode negociar a pena de um delator?

Nelio Machado — Veja bem, a negociação nesse caso é uma proposta, com aceitação ou não. Como um contrato de adesão. Uma negociação como a transação penal, por exemplo, é razoável. Vamos imaginar um menino que foi pego com uma quantidade de droga que gera dúvida entre uso próprio e comercialização. Aí o Ministério Público, ciente da dúvida, diz ao acusado, ao seu defensor “olha, embora eu tenha dúvida, proponho um acordo. Vamos aceitar a acusação de usuário, ele não vai à cadeia, e de qualquer forma fica a lição para ele refletir melhor sobre a vida dele”. Como advogado, eu teria o dever de me sensibilizar com esse tipo de acordo. Porque eu não participo de um torneio, de uma disputa. Eu participo de uma lide na qual eu devo que buscar a melhor solução para o meu cliente. Mas eu não identifico como melhor solução para o meu cliente ele carregar a pecha de ter sido um pusilânime, de ter sido um sujeito que eventualmente agiu errado e, para salvar a própria pele, ele enterra os amigos, os companheiros. Nesse sentido, a lei do submundo é mais equilibrada do que essa pasteurização de uma Justiça de ficção, que deixa talvez pior com sua consciência quem assim procede do que aquele que acaba sendo alvejado em função do dardo envenenado do seu comparsa de ontem.

ConJur — Na “lava jato”, armas da defesa, como Habeas Corpus, estão realmente sendo mais ignoradas do que seriam em outros processos?

Nelio Machado — Houve o seguinte: as decisões tomadas no Paraná eram prestigiadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre. Depois disso, quando vinha para o STJ, havia uma demora desmedida no julgamento por alguma razão, não sei qual, em vez de ser um ministro o relator



era um desembargador convocado de Santa Catarina, que demorava meses para julgar. Nós chegamos a entrar com Habeas Corpus no Supremo por denegação de justiça reclamando da demora. Quando se chegava no Supremo, normalmente, invocava-se a Súmula 691 para não se examinar o pedido. Se o tribunal não julgava e eu ia contra o relator, o Supremo não julgava dizendo que não cabe examinar ato proferido do relator. Então, quando se alardeava que as decisões eram mantidas e tal isso é uma meia verdade. Porque decisão mesmo do Supremo houve pouquíssimas. Depois disso vem essa história de mudança de relator.

Eu sou do tempo que o sorteio de ministro no Habeas Corpus era público, pegava uma bolinha, podia assistir. Agora tem algoritmo, eu não entendo disso, e aí cai em quem caiu, da forma como caiu, mudam determinadas práticas, a turma passa a poder julgar — antigamente era tudo no Pleno. Alegam que há trabalho demais, mas, pessoalmente, acho que o Supremo Tribunal Federal só poderia funcionar em Pleno. Ninguém cogita de pegar a Suprema Corte americana e dividir em turmas. Ah, tem muito trabalho? Bom, há de haver uma solução, que se deixe lá o que é prioritário. Fora as diferenças que há de uma turma para a outra. E tem também uma superexposição do Supremo. Agora com o Tite melhorou, mas houve um tempo em que você escalava a seleção do Supremo, os 11, e não escalava a seleção do Felipão ou do Dunga. Antigamente, os maiores ministros do Supremo andavam na rua e ninguém sabia quem eles eram. É difícil encontrar entrevista de ministro da Suprema Corte americana. São realidades diferentes, eu não estou criticando, estou constatando. Até porque não sou juiz, e se eles estão falando é porque tem havido uma demanda ao Judiciário incomum, pela inércia e desprestígio do Legislativo, causas em demasia no Supremo.

ConJur — Afinal, o foro por prerrogativa de função é responsável por essa tão alardeada impunidade de políticos no Brasil?

Nelio Machado — Não é verdade. A maior prova é que o chamado mensalão foi julgado pelo Supremo e houve inúmeras condenações, mas observou-se, de alguma forma, o devido processo legal, porque as pessoas foram para a cadeia depois do exaurimento da ação penal. E o foro por prerrogativa de função tem um lado que é desvantajoso também, porque o condenado não tem a linha recursal que teria se o caso fosse julgado em primeira instância. Aliás, o foro por prerrogativa de função foi o que propiciou essa condenação em massa do mensalão, porque se tivesse sido em primeira instância, nós estaríamos discutindo recursos até hoje. Esse é um discurso completamente equivocado. E não é razoável que um ex-presidente da República seja julgado por um juiz de primeira instância, um juiz sozinho, um jovem juiz. Isso é um equívoco profundo. Um ex-presidente da República tinha que ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Mas admitamos que os atos tenham sido praticados depois de seu mandato. Mas, olhando de fora, não dá para conceber que um episódio como a história que contam do sítio de Atibaia ou tal do triplex, assuntos que ocorreram em São Paulo, seja julgado no Paraná. Eu não consigo alcançar essa extensão, mesmo que tenham feito tal obra e tentem vincular que a origem seria algum dinheiro que veio da Petrobras e tal. É uma forção de barra muito grande. Pior, com esse instituto da colaboração, é um jogo de cartas marcadas. No episódio de Atibaia, teremos um acusado e um defensor, na acusação teremos o Ministério Público e todos os corréus são colaboradores. Então é um jogo injusto. Não é uma luta de boxe de um contra um. Um lutador é o Cassius Clay [*Muhammad Ali*] lutando ao mesmo tempo contra George Foreman, Sonny Liston, Mike Tyson, e todo mundo junto dando pancada. Um negócio absurdo.

ConJur — Há quem argumente que, sem as delações premiadas, todos esses esquemas de corrupção revelados a partir da “lava jato” ainda estariam ocorrendo. O senhor concorda com

**esse argumento?**

Nelio Machado — Não é verdade, porque o mundo todo tem processo por acusação de corrupção e esse instituto da delação premiada não é usado, em geral, na Europa. O [*ex-chanceler da Alemanha*] Helmut Kohl, por exemplo, foi investigado por caixa dois em campanha. Na Espanha, volta e meia a gente vemos o comprometimento da família real. O craque Messi foi condenado por sonegação fiscal, não me consta que tenha havido delação premiada de quem quer que seja. Isso é um argumento falacioso, que não corresponde à verdade. Se formos pensar assim, talvez sem a tortura não se tivesse dizimado a VPR, a VAR-Palmares, a Colina, a AP, e assim por diante. Se você fizer uma pesquisa das investigações de esquemas criminosos do Brasil, quase nenhum terá sido baseado em delações.

ConJur — O Ministério Público está se abraçando o ideário punitivista e deixando seu papel de fiscal da lei de lado?

Nelio Machado — O Ministério Público deixou de ser fiscal da lei e passou a ser um guardião da delação de que participou, como obra fabulosa de uma nova eficiência dos jovens procuradores da República, os paladinos da moralidade pública. Meu pai, Lino Machado, foi deputado federal e ele fez um programa com o apresentador Osvaldo Sargentelli, Pinga Fogo, na década de 1960. Para provocá-lo, o Sargentelli perguntou: “Doutor Lino Machado, há juízes venais?”. E ele respondeu: “Não, não há juízes venais. Quando o juiz é venal, ele deixa de ser juiz e passa a ser apenas venal”. Então, quando o Ministério Público deixa de ser fiscal da lei, ele é menos Ministério Público, ele é mais um algoz.

ConJur — Da mesma forma, os juízes estão decidindo de forma mais punitivista?

Nelio Machado — Juiz não pode ser combatente da criminalidade. Juiz não tem que ter raiva de réu. Juiz não tem que ser justiceiro. Juiz tem que ser juiz e tem que pensar o que ele pode fazer de melhor em prol da sociedade. Eu li um artigo do [*procurador da República Deltan*] Dallagnol na *Folha de S.Paulo* em que ele afirma que se um juiz do Supremo muda de opinião, é como se isso fosse para assegurar a impunidade. Espera aí — só não muda de opinião quem não pensa. Não é nenhuma vergonha mudar de opinião. O Gilmar Mendes, por exemplo, tinha uma posição a favor da necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para executar a pena, mudou de opinião. Agora ele está tendendo a rever a sua posição. Por quê? Porque houve uma audiência em que vários defensores públicos, mais do que advogados privados, mostraram quantas condenações são revertidas no STJ e no Supremo.

ConJur — Mas essa posição do ministro Gilmar Mendes de passar a autorizar a execução da pena após confirmação da condenação pelo STJ ainda não viola a presunção de inocência, uma vez que o artigo 5º, LVII, da Constituição afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”?

Nelio Machado — Eu acho errada. Ele tinha que dizer que só pode executar a pena depois dela ser confirmada pelo Supremo. A posição dele não tem a grandeza que eu esperava ouvir. Sem duvidar da sinceridade do argumento, mas por que no STJ, e não no Supremo, se a Constituição fala em trânsito em julgado? A palavra final é do Supremo, que é o pensamento do Marco Aurélio. O Marco Aurélio tem dado liminares em que ele diz: “Quando sentei-me nesta corte, eu jurei cumprir a Constituição. A Constituição fala em trânsito em julgado. Então, não havendo nenhum motivo para a prisão cautelar, eu não prendo ninguém condenado em segunda instância”.

ConJur — Alguns advogados mais experientes afirmam que era mais fácil advogar na ditadura militar do que agora. O senhor concorda?

Nelio Machado



— Estamos vivendo tempos tenebrosos. Eu tive mais felicidade sendo advogado na época do regime militar, por incrível que pareça, do que vendo o que eu tenho assistido hoje. Espero que não volte a ditadura, claro que não, mas que volte a existir uma Justiça equilibrada. Todos os advogados são unânimes em reconhecer que a Justiça Militar, no tempo das trevas, teve um desempenho melhor do que talvez tivesse tido a Justiça comum. No livro *Coragem*, em homenagem aos advogados que atuaram no regime militar, eu escrevi o seguinte: “Passou-se o tempo, ficou a história da honra e da glória. Os exemplos marcantes dos advogados que se faziam iguais, os quais procediam como se fizessem parte de outra revolução, a repetiram em realidade o lema ‘liberdade, igualdade e fraternidade’. Noutras palavras, o que se via na atuação dos advogados era a observância de uma regra cunhada em metal precioso, a repetir expressão de antanho ‘Um por todos e todos por um’. Não haveria um melhor e outro menos bom, todos atingiam o cume da montanha pelo denoso e dedicação. Honorários não importavam, raramente eram cobrados, vários dos causísticos jamais os receberam. Não se dava importância ao pão, prevalecia o brado pela liberdade e a solidariedade diante [...] dos perseguidos e de suas famílias, condenação periclitava nas sombras de um desordenamento que só fazia com que as noites se prolongassem e o sol da manhã fosse um sonho, quimera e fantasia. Vencemos a luta com resistência digna e altiva, para honra e glória da advocacia brasileira”.

Mas o que importa é que eu vou ler agora: “Lamentavelmente nos tempos atuais procura-se apequenar-se, abastardar-se o papel dos defensores da liberdade, prestigiando-se a repressão com base em metodologias modernas e invasivas, tão perversas quanto os métodos do regime de exceção. Por isso é imperativo recordar, reviver, rememorar os que foram os advogados de ontem, sobretudo para que a imagem deles, muitos já distantes deste mundo, se projetem como referência e norte dos que guardam idênticos compromissos em favor de uma democracia efetivamente real e mantenedora das liberdades fundamentais”. Por que a juventude de advogados hoje não sabe quase nada disso? Não viveram isso. E aí o pão da delação é um pão fácil, o advogado não se expõe, não corre risco, ele é tratado como parceiro dos que perseguem os seus clientes. Não há confronto, não existe bola dividida, a bola é chutada só na direção do gol sem goleiro. Se chutar para fora, mandam chutar de novo até entrar no gol. Pelo amor de Deus, isso não é Justiça.

**Texto alterado às 15h54 e às 20h10 do dia 25 de setembro de 2017 para correção.*

Date Created

24/09/2017