

24/06/97

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 75261-6 - MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. OCTAVIO GALLOTTI
PACIENTE : AILTON TEIXEIRA DA COSTA
IMPETRANTE: BRUNO RODRIGUES
COATOR : TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: - 1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97).

2. Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual.

3. Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus.

4. Pedido, em parte, deferido, para suprimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão.

01879030
03490750
02611000
00000120

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da Ata de julgamento e das notas Taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir, em parte, o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de junho de 1997.

MOREIRA ALVES

PRESIDENTE

Octavio Gallotti

OCTAVIO GALLOTTI

Relator

/amn/



24/06/97

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 75261-6 - MINAS GERAIS

PACIENTE : AILTON TEIXEIRA DA COSTA
IMPETRANTE: BRUNO RODRIGUES
COATOR : TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Assim resumiu a questão o ilustre Subprocurador-Geral da República MARDEM COSTA PINTO, antes de opinar pelo indeferimento da ordem:

"Trata-se de Habeas Corpus impetrado pelo advogado Bruno Rodrigues, em benefício de Ailton Teixeira da Costa, alegando e requerendo o seguinte:

a) o paciente foi denunciado, ao lado de outros co-réus, perante o Juízo de Direito da comarca de Além Paraíba-MG sendo, ao final, condenado à pena de quinze anos de reclusão por infringência ao artigo 159, parágrafo 1º, primeira parte, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal, combinado com o artigo 1º da Lei 8.072/90 (fls. 77/144);

b) impetrou o Habeas Corpus nº 217.427-6, perante o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais requerendo, em síntese, a nulidade da sentença condenatória. A Segunda Câmara

O. Gallotti.

01879030
03490750
02612000
00000260

Criminal daquele órgão colegiado, à unanimidade de votos, denegou a ordem nos termos do acórdão de fls. 321/325;

c) a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação para o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, sendo que nas razões do recurso, o ora paciente sustentou a nulidade ab initio do processo bem como a nulidade da sentença condenatória. A Segunda Câmara Criminal não conheceu do recurso interposto pelo paciente, por deserto, e proveu parcialmente o apelo ministerial aumentando a pena para vinte anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado (fls. 333/365);

d) em apertada síntese, requer a concessão da ordem para: a) decretar a nulidade ab initio do feito, ao argumento de que o processo é originário de prova ilícita - interceptação telefônica e fornecimento de dados de bilhetadores pela Embratel, quando inexistia lei regulamentadora da matéria - o que gera a nulidade de todo o procedimento; b) alternativamente, requer seja decretada a nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais pela

ocorrência da reformatio in pejus, eis que o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público buscando aumento de pena perdeu o objeto em face da manifestação do próprio Ministério Público, em contra-razões, pugnano pela diminuição da pena fixada na sentença; c) requer, ainda, a nulidade do acórdão combatido para fixar a pena do paciente no mínimo legal ou, alternativamente, a nulidade da decisão condenatória de segundo grau para que outra seja novamente proferida, ao argumento de ausência de fundamentação quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal; d) por fim, requer seja decretada a nulidade do acórdão condenatório por cerceamento de defesa, eis que o Tribunal de Alçada, embora reconhecesse a deserção do recurso da defesa, deveria ter apreciado tese concernente à aplicação do artigo 159, § 4º, do Código Penal, argüida pela defesa desde o oferecimento das alegações finais."

2. O presente Habeas Corpus deve ser conhecido mas, no mérito, denegada a ordem.

3. Quanto à alegação de nulidade do processo por ilicitude de provas, mormente a interceptação de conversas

telefônicas e o fornecimento de dados de bilhetadores pela Embratel, realmente não assiste razão ao impetrante.

4. A Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XII, permitiu a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mas exigiu a satisfação prévia de dois requisitos, vale dizer: faz-se mister a existência de ordem judicial e é preciso que haja também a edição de lei regulamentadora estabelecendo as hipóteses e situações ensejadoras de interceptação telefônica, bem como a maneira de exercitá-la. Referida lei só veio a ser editada recentemente, portanto não tem efeito retroativo.

5. No Supremo Tribunal Federal a questão já está superada, como se vê da ementa a seguir transcrita:

EMENTA: Prova ilícita: escuta telefônica, mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, nas hipóteses e na forma por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do Habeas Corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente

autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do Habeas Corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão dada a participação decisiva no julgamento de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la assim contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente." (H.C. 69.912-0/RS - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ 25.03.94 - p. 6.012)

6. Percebe-se, assim, da ementa supramencionada, que a interceptação telefônica, prova considerada ilícita até ser editada lei regulamentando a matéria, contamina as demais provas que dela se origina. É a conhecida doutrina do "fruto da árvore envenenada" - fruit of the poisonous

tree - cunhada pela suprema corte americana, segundo a qual o vício da planta macula todos os seus frutos.

7. Não é esta, porém, a hipótese dos autos.

8. Conforme se extrai da sentença de fls. 77/144 as investigações criminais para apurar o delito já haviam sido instauradas quando ocorreu o grampeamento dos telefones. Às fls. 86, verifica-se que a autoridade policial já tinha alguns elementos de prova - retratos falados, laudos periciais sobre veículos utilizados na empreitada criminosa e bilhetes da vítima para embasar as investigações criminosas que já haviam sido iniciadas.

9. Portanto, ainda que a interceptação telefônica tenha trazido algum auxílio à investigação policial não teve, na verdade, maior relevância como prova útil, considerando que não foi o único elemento probatório que norteou a certeza de participação do paciente na ação criminosa, como se vê do trecho da sentença que a seguir transcrevemos, verbis:

"Detidos acusados, réus confessos, armas e veículos usados no seqüestro, fitas de contato entre os acusados e parentes da vítima, fitas de vídeo, autos de reconhecimento, anexos fotográficos, provas testemunhais, a materialidade se destaca sem qualquer restrição, sendo a prática do ilícito penal, na

adequação típica, caracterizou-se de forma incontestada, a materialidade corroborada pelas demais provas carreadas ao bojo dos autos, colhidas na fase inquisitória e na instrução criminal, bem como apreensão dos objetos utilizados para rebater a vítima e seu ACD".
(fls. 132)

10. Está claro, pois, que a condenação do paciente decorreu da convergência de um conjunto de provas, inclusive documental, a maioria desvinculada e independente da escuta telefônica censurada, não cabendo em Habeas Corpus decidir se tais elementos de convicção são ou não suficientes para a edição da sentença condenatória. Neste sentido vale transcrever decisão do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: Habeas Corpus. Prova ilícita. Escuta telefônica. Fruits of the poisonous tree. Não acolhimento.

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente, se a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei n° 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas

que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, somente vindo a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial." (H.C. 74.706-0/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJ 11/04/97 - pág. 12.190).

11. Também não merece guarida a alegação de nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais pela ocorrência de reformatio in pejus.

12. Primeiramente, não há que se falar que a apelação interposta pelo Ministério Público teria perdido o objeto em face das contra-razões, por ele oferecidas, ao recurso da defesa. É que os fundamentos oferecidos pelo Ministério Público, em contra-razões, reconhecendo a nulidade na fixação da pena são diversos daqueles utilizados no recurso de apelação por ele interposto, visando a elevação da reprimenda (fls. 217 e 257).

13. Ademais, o recurso da defesa não chegou a ser conhecido em face da fuga do paciente, acarretando a deserção nos termos do artigo 595 do Código de Processo Penal.

14. Neste sentido, revela-se improcedente a alegação de reformatio in pejus eis que a norma inscrita no artigo 617 do Código de Processo Penal obsta o agravamento

da pena quando somente o réu haja apelado da sentença, o que incorreu no caso concreto.

15. De qualquer forma, a tese sustentada pela defesa é improcedente, já que os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público não significam sujeição intelectual de um promotor ao entendimento de outro, inexistindo assim qualquer impedimento legal ou moral para que um membro discorde do entendimento anterior de um colega, inclusive apele buscando aumento de pena tendo havido anterior pedido de nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto à fixação da pena-base.

16. O entendimento doutrinário é absolutamente coerente com a tese aqui sustentada.

17. Com efeito, Espínola Filho, em sua obra Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, editor Borsoi, 6ª edição, volume 03, páginas 242/243, assim ensina, verbis:

"Salienta-se o aspecto uno e indivisível do Ministério Público, no seu conjunto, pelo que, no curso da mesma ação penal, é sempre permitido venha um promotor a substituir outro, definitivamente, ou tomar-lhe, acidentalmente, o posto, em casos de faltas ou impedimento ocasionais, sem em nada se prejudicar, com isso, a ação desenvolvida pelos seus antecessores ou a que os seus substitutos

passem a objetivar. A despeito disso, não se pode fazer a despersonalização do homem inteligente, que raciocina e quer, a ponto de pretender vinculá-lo às opiniões dos seus semelhantes. Se o novo órgão do Ministério Público, que toma a ação em curso, não pode refazer quanto o seu colega, em tempo útil e fase anterior do processo, fêz, validamente, não se lhe impõe aceitar o modo de ver deste, em forma a ter de uniformizar o seu entendimento com o dele; pode, invés, sustentar opinião radicalmente diferente. Assim, se o promotor em exercício pede a absolvição, mas o juiz condena, apelando a defesa, o novo promotor, que tenha passado a funcionar, pode perfeitamente sustentar a sentença condenatória, quando arrazoar o recurso; e nem o fato de ter a absolvição do juiz se conformado com o pedido partido do representante do Ministério Público, que fez a apreciação final da prova, é motivo impediante da interposição da apelação pelo novo membro do Ministério Público, a que foi dada ciência da sentença. Em homenagem a esse modo pessoal de sentir dos órgãos do Ministério Público, é

vedado, ao que está funcionando, desistir de recursos, pois, substituído quando está correndo o respectivo prazo, outro poderá ver conveniência na interposição daquela medida."

18. O mesmo entendimento é manifestado pelo moderno Tourinho Filho, em sua obra "Processo Penal", edição Jalovi, 1972, II volume, páginas 760/761, verbis:

"A unidade se manifesta porque os órgãos do Ministério Público atuam como parte de um todo indivisível e não como órgão isolado. É impessoal, constitui um corpo uno. A indivisibilidade se evidencia na circunstância de poderem os membros da instituição substituir-se uns aos outros em um mesmo processo. É que eles falam pela instituição. Essa a razão pela qual, em um mesmo feito, podem funcionar, sucessivamente, vários Promotores Públicos. De observar-se, todavia, que o Promotor que substitui outro no curso de um processo não fica vinculado ao entendimento do seu antecessor. Pode um Promotor Público denunciar alguém pelo crime de sedução e, vindo outro Promotor funcionar no mesmo processo, poderá discordar da classificação feita pelo seu colega e inclusive pedir a absolvição."

19. A jurisprudência, por sua vez, não discrepa do entendimento da doutrina, como se vê da decisão do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Paraná, que a seguir transcrevemos:

“RECURSO CRIME - Apelação - Interposição pelo substituto da Promotoria da comarca, cujo titular se manifestara pela absolvição do acusado - Admissibilidade - Ausência de constrangimento ilegal - “Habeas Corpus” denegado.

O fato de ser uno e indivisível o Ministério Público não impede que, apesar de um promotor haver opinado pela absolvição do réu, outro não possa recorrer da respectiva sentença.” - RT 500/360.

“EMENTA: Habeas Corpus. Tóxicos. Alegações contra o processo, inconsistentes.

Art. 12 da Lei de Tóxicos. Alegação de ilegitimidade de membro do MP, por ter apelado contra decisão que, acatando parecer de outro representante do parquet, absolveu o réu; inconsistência probatória e flagrante preparado. Teses inviáveis, em face da indivisibilidade e unidade do Ministério

Público, da inaplicabilidade da Súmula 145 do STF ao caso.

Ordem denegada." (HC 67.827/DF - Rel. Min. Francisco Rezek - RTJ 132/799).

20. Também improcede o pedido de nulidade do acórdão, seja para fixar a pena do paciente no mínimo legal, seja para que outro seja prolatado com a devida fundamentação legal.

21. É suficiente observar que o Juízo de Segundo Grau, ao fixar a pena-base, avaliou com precisão o grau de culpabilidade e periculosidade do agente, sua conduta social, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime. Tais referências, associadas a outros elementos igualmente importantes para a composição da reprimenda, ensejaram a sua exacerbação, estando assim devidamente justificado o aumento da pena-base nos termos do artigo 59 do Código Penal.

22. Cumpre ressaltar que ao longo do acórdão censurado encontramos várias referências desfavoráveis ao paciente, e que seriam isoladamente suficientes para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, circunstância que também afasta a alegada ausência de fundamentação do aresto censurado.

23. Ademais, o rito sumário do Habeas Corpus impede a revisão dos critérios que conduziram o órgão julgador na

fixação da pena, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos termos das ementas adiante transcritas:

"**EMENTA:** Habeas Corpus. A primariedade, em nosso sistema jurídico penal, não é circunstância legal de atenuação, mas está incluída numa das circunstâncias judiciais (a dos antecedentes do réu) a que alude o caput do artigo 59 do Código Penal, a qual deve ser levada em consideração pelo Juiz quando da fixação da pena-base, sem todavia, haver limites legais para a redução daí decorrente. Não é o Habeas Corpus meio idôneo para verificação de eventual injustiça da dosagem da pena, se esta se fez com observância dos requisitos formais estabelecidos pela lei.

Habeas Corpus indeferido." (H.C. 66.962/88/DF - Rel. Min. Moreira Alves - DJ 07/04/89 - pág. 4.909)

"**EMENTA:** Habeas Corpus. Nulidade. Fixação de penas. Fundamentação. Art. 59 do Código Penal.

Não se pode acolher alegação de falta de fundamentação de sentença e acórdão, quanto a fixação das penas, se estes indicaram os fatos,

que justificaram a avaliação da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade dos agentes, dos motivos, das circunstâncias e conseqüências do crime, com observância do disposto no art. 59 do C. Penal e dos limites previstos no art. 157, § 3º, e 71, § único.

Se houve, ou não, injustiça, para um ou outro dos pacientes, isso poderá ser objeto de melhor apreciação em revisão criminal. Não no âmbito estreito do Habeas Corpus, que não permite reinterpretação aprofundada dos elementos de prova, que influíram na fixação da pena.

H.C. indeferido." (H.C. 67.838/90/MT - Rel. Min. Sydney Sanches - DJ 23/03/90 - pág. 2.086).

24. Por fim, não há falar-se em eventual aplicação do artigo 159, § 4º do Código Penal. É que a verificação das circunstâncias que ensejam a incidência da referida causa especial de diminuição de pena ao caso concreto, importa em análise exaustiva das provas dos autos, expediente incompatível com o Habeas Corpus conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devendo o

Levy Alotti

impetrante vale-se da via judicial adequada ao exame do pedido que ora formula, que é a revisão criminal.

25. Em face do exposto, somos pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o parecer." (fls. 367/76)

Leio, em seguida, ao Tribunal, os tópicos da sentença e do acórdão, no ponto de cada qual, referente à fixação da pena:

"Ailton Teixeira da Costa

Preso ao comando de diretrizes dos Artigos 59 e 68, ambos do CP quanto a culpabilidade íntegra dos seus elementos constitutivos, dóló intenso, conduta social deformada, voltada para o crime que fez Paula um "objeto", quanto a personalidade inadaptada socialmente, não possui bons antecedentes, embora primário, motivos do crime egoísticos e ganância pelo dinheiro, circunstâncias que lhe são totalmente desfavoráveis, conseqüências do crime que foram gravíssimas conforme laudo da vítima e dezessete dias de sofrimento da família, comportamento da vítima que não facilitou e não incentivou a ação dos agentes, aplico-lhe a pena base de 15 anos de reclusão em regime fechado, que à míngua de qualquer outra circunstância torno-a em definitiva, condeno-o ao pagamento de custas processuais "pró-rata", após trânsito em julgado lance-se o seu nome no rol dos culpados, expeça-se carta de guia para o S.O.P. para qualquer estabelecimento prisional do Estado, expeça-

se mandado de prisão, embora conste nos autos sua exclusão da PM-RJ, por ter na qualidade de soldado daquela gloriosa corporação aplico-lhe a perda da função nos termos do Artigo 92 - I do CP." (trecho de sentença às fls. 139/40)

"Dolo intenso, conduta social distorcida, voltada para o crime, inadaptado para a vida em sociedade, egoísta e ganancioso, tecnicamente primário mas de antecedentes duvidosos, conseqüências gravíssimas sem que a vítima em nada tenha contribuído para o delito; participou ativamente, como negociador da "societas delinquentium", inclusive ameaçando os familiares da vítima, de prática de mal injusto e grave contra a menor seqüestrada, como "de devolvê-la em pedaços", para obtenção do resgate; quando dos fatos era engajado na PMRJ, o que torna mais asquerosa e odiosa sua conduta, razões pelas quais fixo-lhe a pena-base em 20 (vinte) anos de reclusão, regime fechado, pena esta em definitivo, infelizmente, à míngua de circunstâncias que possam modificá-la." (tópico do acórdão às fls. 275)

Do acórdão, recolho, ainda, a parte em que abordou a questão da licitude da prova decorrente das gravações telefônicas:

"Ainda dentro destes prolegômenos, gostaria de colocar uma pá de cal sobre a alegada ilicitude das gravações das negociações, entre a "societas delinquentium" e familiares e policiais que dela participavam.

Veja-se o trato pretoriano:

"É da competência da Justiça Criminal a expedição de alvará judicial para escuta telefônica que visa à investigação de fato tido como crime e a instauração de ação penal." (TJSP, em RT 660/266)

"O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, "e", da Lei 4.117/62, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. (grifos nossos). É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em leis. II - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na 'desgravação' das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de habeas corpus, descer ao exame da prova. III - Habeas corpus indeferido." (STF, HC 69.912-0, DJU 26.11.93).

"Gravação magnética de conversação mantida entre vítima e réu. Ilegalidade inexistente.

Levy Alotto

Realização, ademais, com autorização judicial. Habeas Corpus denegado." (STF, in RT 692/370).

"O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem a aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina de interceptação, dando azo à gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar a teor de conversações, sem uso de aparelho telefônico." (TJSP, in RT 693/341).

E a boa doutrina:

"A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que levam necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feitiço e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações." (ADA PELLEGRINI GRINOVER, em "Novas Tendências do Direito Processual, Forense, RJ, 1990, p. 60)." (fls. 268/70)

Levy Altschuler

Transcrevo, finalmente, os termos do pedido em que culmina a bem lançada petição inicial:

1) Seja decretada a nulidade ab initio do processo, pelos motivos explicitados no tópico "COAÇÃO ILEGAL I";

2) Caso não seja atendido o item n. 1, seja decretada a nulidade do Acórdão proferido pela E. 2ª Câmara Criminal do T. Alçada/MG, em razão dos motivos constantes no tópico "COAÇÃO ILEGAL II";

3) Seja decretada a nulidade do Acórdão combatido, fixando-se a pena do paciente na mínima legal, ou, caso assim não entenda o Colendo Tribunal, que seja determinada a nulidade do Acórdão e da Sentença, para que outros sejam proferidos, em razão dos motivos constantes no tópico "COAÇÃO ILEGAL III";

4) Seja decretada a nulidade da Sentença de primeiro grau e do Acórdão que a confirmou no tocante a ausência de apreciação de tese defensiva, pelos motivos explanados no tópico "COAÇÃO ILEGAL IV"." (fls. 65)

É o Relatório. *Levy Alotti*

V O T O

01879030
03490750
02613000
01410330

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI (Relator): - No tocante à alegação de nulidade, por ilicitude de interceptação telefônica, é eloqüente no caso para fundamentar a condenação a suficiência de elementos probatórios autônomos (anteriores e subseqüentes às gravações), como demonstra o parecer, perfeitamente afinado com a jurisprudência do Tribunal, na qual se insere, além do ilustrativo precedente da lavra do eminente Ministro ILMAR GALVÃO (HC 74.706), entre outros, o acórdão desta Turma, de que fui Relator, no Habeas Corpus n° 74.559 (DJ de 9-5-97) e mais os proferidos pela Segunda Turma no Habeas Corpus n° 72.463 (DJ de 29-9-95) e no de n° 73.101 (DJ de 28-11-95), respectivamente relatados pelos eminentes Ministros NÉRI DA SILVEIRA e MAURÍCIO CORRÊA.

Ainda mais importante é, porém, ressaltar a licitude, em si mesma, da prova contestada na hipótese dos autos, clássico exemplo de interceptação das negociações telefônicas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e familiares da vítima, de outro, conhecida a gravação pelo recipiendário das ligações. Eis, a respeito dessa situação a remissão de LUIZ FRANCISCO TORQUATO FILHO ao magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

"A propósito, refere ADA PELLEGRINI GRINOVER que a doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle do próprio telefone:

assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone em sua vida privada" ("Provas Ilícitas", autor citado, ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 97).

Também no caso específico do seqüestro, aduz AVOLIO ao tratar do princípio da proporcionalidade como fator de legitimação da prova:

"Esse princípio, a propósito, é que pode legitimar a interceptação ilícita nos casos, por exemplo, de seqüestro, em que se confrontam dois valores constitucionalmente garantidos, como o direito à vida, ou à integridade física (do seqüestrado) e o direito à intimidade ou ao sigilo da correspondência e das comunicações, ou ainda à inviolabilidade do domicílio (do sequestrador ou de terceiros), fazendo com que prevaleça o mais relevante." (op. cit. pág. 146)

Essa mesma orientação acaba recentemente de prevalecer perante esta Turma, quando do julgamento, em sessão de 10 de junho corrente, do Habeas Corpus n° 74.678, onde admitiu o eminente Relator, Ministro MOREIRA ALVES, com apoio nos mais renomados autores, que cessa a ilicitude de interceptação e da gravação, na hipótese em que realizadas para pôr termo à extorção ou outro fato delituoso. *Le Gallotti*.

No tocante ao argüido vício decorrente da suposta perda de objeto do recurso do Ministério Público, nada tenho, para afastá-lo, que acrescentar ao parecer que se apresenta calcado em boa doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal.

Passando ao terceiro fundamento da impetração, este ligado à dosagem da pena, ponho-me, igualmente, de acordo com o parecer, que bem situou a questão em termos de aferição do grau de culpabilidade, insuscetível de ser revalorizada, no âmbito do habeas corpus.

Finalmente, no que concerne ao quarto e último fundamento do pedido, conclui o nobre órgão do Ministério Público Federal:

"24. Por fim, não há falar-se em eventual aplicação do artigo 159, § 4º do Código Penal. É que a verificação das circunstâncias que ensejam a incidência da referida causa especial de diminuição de pena ao caso concreto, importa em análise exaustiva das provas dos autos, expediente incompatível com o Habeas Corpus conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devendo o impetrante valer-se da via judicial adequada ao exame do pedido que ora formula, que é a revisão criminal." (fls. 376)

Ora, não é a pretensão, como se deduz do relatório, de lograr a revisão das circunstâncias de fato em que se haja verificado a chamada delação premiada, mas, simplesmente, de obter a

declaração de nulidade da sentença, por se haver omitido o Juiz, como, sem dúvida, omitiu-se, no exame da postulação do acusado, de ver aplicada, em seu benefício, a causa de diminuição da pena, estabelecida no § 4º, acrescentado, ao art. 159 do Código Penal, pela Lei nº 8.072-90 e alterado pela Lei nº 9.269, de 2-4-96, de modo a assumir, atualmente, a seguinte redação:

“§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (substituiu-se, na última redação, a expressão “quadrilha ou bando” pelas palavras “em concurso” e o vocábulo “co-autor” por “concorrente”)

A aplicação dessa causa de redução da pena foi expressamente deduzida pela defesa em alegações finais, sem merecer a mínima resposta do magistrado de primeiro grau.

Ainda assim, prosseguiu o Tribunal nessa abstenção, a despeito do que ressaltara o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, e de haver ingressado a Câmara na revisão do processo de dosagem de pena, atendendo à provocação do Ministério Público. Perdeu ele, assim, o ensejo de providenciar o suprimento da omissão, a que poderia de ofício ter reparado. Encampou, ao invés, o vício da sentença, atraindo, como órgão diretamente subordinado ao Supremo Tribunal, a competência deste, para, conhecendo deste habeas corpus, dar cobro ao constrangimento. *Le Gallotti*.

Defiro, portanto, em parte, o pedido, para, mantidas a condenação e a prisão, anular a sentença e o acórdão, somente no ponto referente à fixação da pena, voltando a fixá-la o magistrado de primeiro grau, examinando dessa feita, a seu critério, a assertiva das alegações finais, concernente à redução postulada mediante invocação do § 4º do art. 159 do Código Penal. *Le Gallati*

/amn/

24/06/97

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 75261-6 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, estou de acordo com o eminente Relator, observando, apenas, com relação ao problema da interceptação telefônica, que, no caso, inexistia sigilo a preservar, dado que houve interesse de um dos interlocutores, vítima do crime, na gravação da conversa e na divulgação de seu conteúdo à polícia para orientação das investigações. Quanto ao mais, acompanho o Ministro Octavio Gallotti.

* * * * *



01879030
03490750
02613010
01580430

dfm

24/06/97

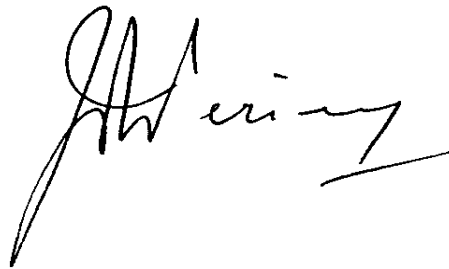
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 75261-6 MINAS GERAIS

01879030
03490750
02613020
01540560

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, acompanho o eminente relator, sem ser incoerente com minha posição radical, repetidamente expressa no Plenário, sobre a questão da prova ilícita e da contaminação das provas dela derivadas: a interceptação telefônica, como forma necessária à salvação da vítima, durante a permanência do seqüestro, é um dos exemplos clássicos de interceptação lícita, independentemente até de qualquer autorização judicial. E, sendo lícita, não vejo como aplicar-lhe o art. 5º, LVI, que se refere às "provas obtidas por meios ilícitos".



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

01879030
03490750
02614000
00000630

HABEAS CORPUS N. 75.261-6

PROCED. : MINAS GERAIS
RELATOR : **MIN. OCTAVIO GALLOTTI**
PACTE. : AILTON TEIXEIRA DA COSTA
IMPTE. : BRUNO RODRIGUES
COATOR : TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 24.06.97.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves.
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso
Bras Lucas.

Ricardo Dias Duarte.
Secretário