



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 311.562 - MS (2013/0076120-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : WILLIAN CAFURE
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO TRAD E OUTRO(S) - MS005538
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRADO REGIMENTAL. SÚMULA 7/STJ. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A condenação não foi fundamentada exclusivamente no conteúdo obtido da gravação telefônica, "mas em todo o conjunto probatório. Até mesmo porque o delito de concussão já se consumara dias antes, com a exigência por parte dos policiais de vantagem indevida. A troca da folha de cheque caracteriza-se como mero exaurimento" (e-STJ, fl. 834). Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 311.562 - MS (2013/0076120-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : WILLIAN CAFURE
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO TRAD E OUTRO(S) - MS005538
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por **WILLIAN CAFURE** contra decisão de minha relatoria, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 1122-1127).

O embargante sustenta, em síntese, que "a decisão embargada foi propositalmente omissa em relação a manifestação requerida no prequestionamento expresso formulada pela defesa na peça recursal relativamente à violação dos incisos XII, LIV e LVI, todos do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que a interceptação telefônica realizada tal qual como operacionalizada pela Polícia Federal, sem autorização judicial prévia, numa espécie atípica e inexistente de 'ação controlada' unicamente pela Polícia" (e-STJ, fl. 1136).

Requer, assim, sejam recebidos os embargos, para fins de prequestionamento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 311.562 - MS (2013/0076120-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : WILLIAN CAFURE
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO TRAD E OUTRO(S) - MS005538
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 7/STJ. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A condenação não foi fundamentada exclusivamente no conteúdo obtido da gravação telefônica, "mas em todo o conjunto probatório. Até mesmo porque o delito de concussão já se consumara dias antes, com a exigência por parte dos policiais de vantagem indevida. A troca da folha de cheque caracteriza-se como mero exaurimento" (e-STJ, fl. 834). Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Inicialmente, considerando o caráter manifestamente infringente e, em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os embargos de declaração como agravo regimental.

O recurso, entretanto, não merece prosperar.

O recorrente, no recurso especial, alega afronta aos arts. 1º, *caput*, da Lei n. 9.296/96 e 5º, incisos XII, LIV e LVI da Constituição Federal.

Assim consta da decisão embargada:

"Sobre o tema, o Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos:

"1.3 Da ilicitude da gravação telefônica. O apelante argüi a ilicitude da gravação, sem autorização judicial, da conversa telefônica com equipamentos da Polícia Federal, do que decorreria a ilicitude de todas as provas daí provenientes, por derivação.

No caso em tela, a própria vítima, no dia seguinte ao seu comparecimento à corregedoria da Polícia Rodoviária Federal para relatar os fatos, propõe entrar em contato com os réus e gravar a conversa obtida. A fim de viabilizar a empreitada, foi emprestado da Polícia Federal um gravador e os policiais que acompanharam a diligência, como se extrai dos autos, o acoplaram ao telefone utilizado pela vítima, instruindo-a acerca de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização.

As conversas telefônicas mantidas pela vítima com os corréus foram transcritas às fls. 83/103.

Não se olvide, no entanto, que a gravação foi realizada pela própria vítima, ao entabular negociação pela troca do cheque inicialmente passado por dinheiro em espécie e outro cheque em valor menor.

A gravação assim encetada pode ser caracterizada como gravação ambiental, realizada pela própria vítima. Indiferente, para sua caracterização, a origem do aparelho utilizado, bem como a orientação de policiais para seu manuseio. Não se trata, *in casu*, de interceptação de conversa alheia, mas de registro de comunicação própria.

Em casos similares, já se posicionou a jurisprudência pátria:

PENAL. PROCESSUAL PENAL RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CP). CONSUMAÇÃO. CRIME FORMAL GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. (...) 4. De outra parte, em regra, a violação do sigilo das comunicações, sem autorização dos interlocutores, é proibida, pois a Constituição Federal assegura o respeito à intimidade e vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, inciso XII, da CF 88). 5. Entretanto, não se trata nos autos de gravação da conversa alheia (interceptação), mas de registro de comunicação própria, ou seja, em que há apenas os interlocutores e a captação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte. 6. No caso, a gravação ambiental efetuada pela corré foi obtida não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa, mas com o fito de demonstrar a coação que vinha sofrendo por parte da ora recorrente, que a teria obrigado a prestar declarações falsas em juízo, sob pena de demissão. 7. Por não se enquadrar nas hipóteses de proteção constitucional do sigilo das comunicações, tampouco estar disciplinada no campo infraconstitucional, pela Lei nº 9.296/96, a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade. (...) 10. Ademais, ao contrário do alegado, o Tribunal de origem, ao condenar a ora recorrente, baseou-se, também, em provas produzidas durante a fase judicial, as quais confirmaram o que havia sido constatado na fase inquisitória. (...) 13. Recurso especial a que se nega provimento.

(RESP 200900736299, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:06/12/2010.)

[...]

Ressalte-se, ademais, que a condenação não se lastreou exclusivamente no conteúdo obtido com tal meio de prova, mas em todo o conjunto probatório. Até mesmo porque o delito de concussão já se consumara dias antes, com a exigência por parte dos policiais de vantagem indevida. A troca da folha de cheque caracteriza-se como mero exaurimento." (e-STJ, fls. 832-834.)

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte Superior, já se posicionaram no sentido de admitir "ser válida como prova a gravação ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial, não havendo falar, na hipótese, em interceptação telefônica, esta, sim, sujeita à reserva de jurisdição". Confira-se precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINARES. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. VALIDADE DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR DOIS INTERLOCUTORES. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DISPENSÁVEL. PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. ARGUIÇÃO DE OFENSA DO ART. 386, II, V E VII, DO CPP. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIRMADAS PELA CORTE ESTADUAL COM BASE NO ACERVO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS. REEXAME. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. BIS IN IDEM COM A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. OCORRÊNCIA.

1. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça admitem ser válida como prova a gravação ou filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial, não havendo falar, na hipótese, em interceptação telefônica, esta, sim, sujeita à reserva de jurisdição (RE n. 583.937 QO-RG/RJ, Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJe 18/12/2009; APn 644/BA, Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 15/2/2012).
2. As gravações telefônicas, ainda que realizadas com apoio de terceiro, contavam sempre com a ciência e permissão de um dos interlocutores, entre eles, a própria vítima do crime de estupro. A conduta é, portanto, lícita, sendo desprovida, para tanto, da autorização judicial. E, ainda, a situação dos autos não se confunde com a interceptação telefônica, em que a reserva de jurisdição é imprescindível.
3. Não há falar em cerceamento de defesa, porquanto o acusado contou com ampla oportunidade de se manifestar a respeito do conteúdo apurado nas gravações telefônicas; além disso, a sua condenação não teve como único fundamento a gravação telefônica.
4. O Tribunal estadual, após análise das provas constantes dos autos, reconheceu a culpabilidade do agente pela prática delitiva, razão pela qual conclusão em sentido contrário esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ.
5. Há bis in idem na exasperação da pena-base pela negativação da culpabilidade do agente, que foi considerada elevada em razão da confiança que a família tinha para com ele, assim como o bom nome que tinha na sociedade, para satisfazer sua lascívia, quando há também a aplicação da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal.
6. Agravo regimental parcialmente provido, a fim de excluir a negativação da culpabilidade e restabelecer a aplicação da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal, redimensionando-se a reprimenda nos termos do presente voto."

(AgRg no AREsp 754.861/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016.)

O caso dos autos comporta a aplicação do entendimento supramencionado. Ademais, a condenação não foi fundamentada exclusivamente no conteúdo obtido da gravação telefônica, "mas em todo o conjunto probatório. Até mesmo porque o delito de concussão já se consumara dias antes, com a exigência por parte dos policiais de vantagem indevida. A troca da folha de cheque caracteriza-se como mero exaurimento" (e-STJ, fl. 834). Assim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ARTS. 33 E 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Se o Tribunal a quo, com base na análise dos elementos fático-probatórios dos autos, entendeu configurada a autoria e a materialidade delitivas, afastar tal entendimento implicaria o reexame de provas, a incidir o enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1005975/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 17/05/2017.)

Anote-se, por fim, que não compete ao Superior Tribunal de Justiça a análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais no recurso especial, por demandar interpretação de matéria cuja competência está afeta ao Supremo Tribunal Federal, *ex vi* do art. 102 da Lei Maior.

A propósito:

"[...]

2. É cediço que a análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Carta Magna. Inviável, assim, o exame de ofensa a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 423.584/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/6/2015, DJe 22/6/2015.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso." (e-STJ, fls. 1123-1127.)

Com efeito, a condenação não foi fundamentada exclusivamente no conteúdo obtido da gravação telefônica, "mas em todo o conjunto probatório. Até mesmo porque o delito de concussão já se consumara dias antes, com a exigência por parte dos policiais de vantagem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevida. A troca da folha de cheque caracteriza-se como mero exaurimento" (e-STJ, fl. 834). Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Ademais, a via especial não comporta o exame de preceitos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. PRECEDENTES. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO E EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

(...)

2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal (AgRg no REsp 1345775/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014).

3. Havendo erro material no relatório da decisão embargada, impõe-se o acolhimento dos embargos.

4. Agravo regimental improvido.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos."

(EDcl no REsp 1.543.482/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 16/6/2016.)

Desse modo, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual **nego provimento**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0076120-4 **PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 311.562 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00037982619994036000 1999037984 199960000037984 37982619994036000

PAUTA: 17/08/2017

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : WILLIAN CAFURE
ADVOGADOS : FÁBIO RICARDO TRAD E OUTRO(S) - MS005538
OTÁVIO TRAD MARTINS - MS012808
AGRAVANTE : RUDNEY ROSA RIBEIRO
ADVOGADOS : JOSÉ ROBERTO RODRIGUES DA ROSA E OUTRO(S) - MS010163
JAKSON GOMES YAMASHITA - MS015666
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Concussão

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : WILLIAN CAFURE
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO TRAD E OUTRO(S) - MS005538
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.