

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 527

FURTO DE ÁGUA – PAGAMENTO DOS VALORES DEVIDOS DURANTE O TRANSCORRER DA AÇÃO PENAL – ATIPICIDADE POSTERIOR DA CONDUITA RECONHECIDA – DESCABIMENTO.

No crime de furto, o ressarcimento do prejuízo causado à vítima, realizado durante a ação penal, constitui mera atenuante genérica (art. 65, III, b”) e não causa posterior de atipicidade da conduta.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA EGRÉGIA SEÇÃO
CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Apelação nº 0003784-60.2014.8.26.0271

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** nos autos de apelação nº **0003784-60.2014.8.26.0271**, da Comarca de ITAPEVI, em que é apelante **JOSÉ MILTON ROSA**, e apelado o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, art. 255, § 1º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1. HIPÓTESE EM EXAME.

José Milton Rosa foi condenado a **03 anos e 09 meses de reclusão**, em regime aberto, e ao pagamento de **18 dias-multa**, no valor mínimo unitário, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incurso no art. 155, § 4º, II, por várias vezes, na forma do art. 71, “caput”, ambos do Código Penal.

Inconformado, apelou pleiteando a absolvição, sustentando falta de provas. Subsidiariamente, buscou a desclassificação da conduta para furto simples, com afastamento da continuidade e reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, ou a alteração da pena substitutiva de prestação de serviços por prestação pecuniária.

Contrarrazões às fls. 224/228.

A D. Procuradoria da Justiça apresentou parecer pelo não provimento do recurso.

A Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso para absolver José Milton Rosa com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. V.U".

Eis a íntegra do acórdão (fls. 248/250):

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003784-60.2014.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante JOSÉ MILTON ROSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso para absolver José Milton Rosa com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2020.

VICO MAÑAS RELATOR Assinatura Eletrônica Furto de água composição entre réu e companhia de abastecimento logo após o oferecimento da denúncia atipicidade da conduta natureza subsidiária do Direito Penal - absolvição

José Milton Rosa foi condenado pela MMª Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itapevi a 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, no valor mínimo unitário, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incurso no art. 155, § 4º, II, por várias vezes, na forma do art. 71, "caput", ambos do Código Penal.

Inconformado, pleiteia a absolvição, sustentando falta de provas. Subsidiariamente, busca a desclassificação da conduta para furto simples, com afastamento da continuidade e reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, ou a alteração da pena substitutiva de prestação de serviços por prestação pecuniária.

Contrarrazões às fls. 224/228.

A D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Consta da denúncia que, entre junho de 2013 e junho de 2014, o apelante, por meio de instalação de canos e adaptadores hidráulicos, desviou 79m³ de água, causando prejuízo de R\$ 10.291,92 à SABESP.

Interrogado, o acusado afirmou que ignorava o acontecido. Havia obra em curso no endereço dos fatos e pouco frequentava o local. Multado pela Companhia de Água, celebrou acordo e vinha pagando o débito parceladamente.

Em juízo, Edson Margutti, gerente de controle de consumo da SABESP, explicou que vistoria “in loco” aponta fraudes como a verificada na hipótese.

Os investigadores Renato Lima e Evaldo Shirasaka receberam delação da empresa de abastecimento e compareceram no lugar indicado para averiguação, obra em andamento. Escavaram e se depararam com instalação irregular de cano. Acionaram a perícia. O réu alegou que não sabia do desvio.

Lúcio Dias de Souza trabalhou dois dias na construção e não percebeu a instalação clandestina.

Laudo às fls. 34/38 e ofício às fls. 39/40 comprovam a existência do ramal hidráulico irregular e o prejuízo causado à SABESP.

Demonstrada a materialidade, a autoria também é inconteste. Pouco crível que o recorrente, dono do terreno e responsável pela obra que lá tinha lugar, desconhecesse a ligação direta que o beneficiava, ainda que somente sua esposa cuidasse do pagamento da conta de água, como sustenta. O simples fato de não receber a conta do insumo indicava irregularidade.

No entanto, igualmente comprovado nos autos que, poucos meses após o recebimento da peça vestibular circunstância que impede o reconhecimento do arrependimento posterior, nos termos do art. 16 do CP José Milton entabulou acordo com a SABESP para quitar a dívida em 18 parcelas, por fim satisfazendo integralmente a obrigação (fls. 157/167).

Diante de tal circunstância, forçoso afirmar a atipicidade da conduta atribuída, adotando-se o entendimento de que a composição entre as partes afasta a natureza criminoso do fato, transformando-se em obrigação meramente civil. Trata-se de compreensão aplicada ao crime de apropriação indébita, não se vislumbrando motivo

para não adotá-la analogicamente quanto ao furto, infração da mesma espécie.

Assim, nada mais se faz do que consagrar a natureza subsidiária da intervenção penal. Resolvida a questão em outras esferas, desnecessária a atuação do Direito Penal, evitando-se, dessa forma, todos os seus efeitos deletérios. O fato de o acordo ser posterior ao recebimento da peça vestibular, no caso, não prejudica tal característica essencial do Direito Penal, uma vez ocorrido quando ainda incipiente a ação, antes mesmo de principiada a instrução.

Nessa linha, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais. In casu, tendo-se apurado, em verdade, apenas um ilícito de colorido meramente contratual, relativamente à distribuição da água, com o equacionamento da questão no plano civil, não se justifica a persecução penal” (HC 197.601/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011).

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver José Milton Rosa com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. VICO MAÑAS Relator

2. TEMPESTIVIDADE

De acordo com o provimento n. 2545 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, os prazos processuais foram suspensos em 16 de março de 2020 e, de acordo com o provimento n. 2564, do mesmo Conselho Superior, voltaram a correr (nos processos físicos) somente em 03 de agosto de 2020. Assim, tempestivo o presente recurso.

Seguem cópias dos provimentos em anexo.

3. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL

Com a devida vênia, ao absolver o réu por atipicidade da conduta, a douta Turma Julgadora negou vigência aos arts. 155 do Código Penal, legitimando, dessarte, a interposição do presente recurso especial, pela alínea “a”, do art. 105, III, da Carta Magna.

O art. 155 do Código Penal, ao definir o crime de furto, assim dispõe:

“Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

Saliente-se, inicialmente, **que a Turma Julgadora expressamente reconheceu haver prova da materialidade e da autoria** (penúltimo parágrafo de fls. 249). Contudo, na sequência, entendeu que o pagamento efetuado pelo recorrido à Sabesp durante o transcorrer da ação penal transformou o fato “em obrigação meramente civil”, justificando tratar-se de aplicação analógica das regras atinentes ao crime de apropriação indébita.

Tal fundamentação, contudo, é absurda, pois baseia-se exclusivamente na convicção pessoal do julgador, sem qualquer embasamento concreto em dispositivo de lei, entendimento doutrinário ou jurisprudencial. A interpretação dada, em verdade, nega claramente vigência ao art. 155 do CP, na medida em que a Corte reconheceu a existência intencional de subtração de coisa alheia móvel, mas absolveu o réu por atipicidade em razão do pagamento posterior à denúncia. Deixa de lado, igualmente, ao art. 65, III, “b”, do CP, que prevê que o pagamento do prejuízo causado durante o tramitar da ação penal constitui mera atenuante genérica a ser aplicada na segunda fase da dosimetria.

A menção ao crime de apropriação indébita é descabida, pois nesse crime o acordo posterior não torna o fato atípico, quando existe demonstração de dolo anterior.

No caso concreto, não há qualquer discussão em torno do dolo, pois a própria Turma Julgadora mencionou a fls. 246, que “Demonstrada a materialidade, a autoria também é inconteste. Pouco crível que o recorrente, dono do terreno e responsável pela obra que lá tinha lugar, desconhecesse a ligação direta que o beneficiava, ainda que somente sua esposa cuidasse do pagamento da conta de água, como sustenta. O simples fato de não receber a conta do insumo indicava irregularidade”.

A Corte Paulista, ademais, decidiu de forma contrária ao entendimento da Terceira Sessão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA MEDIANTE FRAUDE PRATICADO POR EMPRESA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA DIVERSA. NÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34 DA LEI N. 9.249/95. TARIFA OU PREÇO PÚBLICO. TRATAMENTO LEGISLATIVO DIVERSO. PREVISÃO DO INSTITUTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. RECURSO DESPROVIDO.

1. Tem-se por pretensão aplicar o instituto da extinção de punibilidade ao crime de furto de energia elétrica em razão do adimplemento do débito antes do recebimento da denúncia.

2. Este Tribunal já firmou posicionamento no sentido da sua possibilidade. Ocorre que no caso em exame, sob nova análise, se apresentam ao menos três causas impeditivas, quais sejam; a diversa política criminal aplicada aos crimes contra o patrimônio e contra a ordem tributária; a impossibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95 aos crimes contra o patrimônio; e, a tarifa ou preço público tem tratamento legislativo diverso do imposto.

3. O crime de furto de energia elétrica mediante fraude praticado contra concessionária de serviço público situa-se no campo dos delitos patrimoniais. Neste âmbito, o Estado ainda detém tratamento mais rigoroso. O desejo de aplicar as benesses dos crimes tributários ao caso em apreço esbarra na tutela de proteção aos diversos bens jurídicos analisados, pois o delito em comento, além de atingir o patrimônio, ofende a outros bens jurídicos, tais como a saúde pública, considerados, principalmente, o desvalor do resultado e os danos futuros.

4. O papel do Estado nos casos de furto de energia elétrica não deve estar adstrito à intenção arrecadatória da tarifa, deve coibir ou prevenir eventual prejuízo ao próprio abastecimento elétrico do País. Não se pode olvidar que o caso em análise ainda traz uma particularidade, porquanto trata-

se de empresa, com condições financeiras de cumprir com suas obrigações comerciais. A extinção da punibilidade neste caso estabeleceria tratamento desigual entre os que podem e os que não podem pagar, privilegiando determinada parcela da sociedade.

5. Nos crimes contra a ordem tributária, o legislador (Leis n. 9.249/95 e n. 10.684/03), ao consagrar a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, adota política que visa a garantir a higidez do patrimônio público, somente. A sanção penal é invocada pela norma tributária como forma de fortalecer a ideia de cumprimento da obrigação fiscal.

6. Nos crimes patrimoniais existe previsão legal específica de causa de diminuição da pena para os casos de pagamento da "dívida" antes do recebimento da denúncia. Em tais hipóteses, o Código Penal - CP, em seu art. 16, prevê o instituto do arrependimento posterior, que em nada afeta a pretensão punitiva, apenas constitui causa de diminuição da pena.

7. A jurisprudência se consolidou no sentido de que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que os dispostos no art. 34 da Lei n. 9.249/95 e no art. 9º da Lei n. 10. 684/03 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos.

8. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 101.299/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 04/04/2019) .

A douta Corte Superior deixa claro em sua decisão que o ressarcimento do prejuízo após a prática do crime de furto, mas antes do início da ação penal, constitui mero arrependimento posterior, capaz de reduzir a pena de 1/3 a 2/3, nos termos do art. 16 do Código Penal. NÃO CONSTITUI, PORTANTO, ATO POSTERIOR CAPAZ DE TRANSMUDAR A CONDUTA EM FATO

ATÍPICO. Com muito mais razão, não se poderia cogitar de atipicidade quando o ressarcimento ocorre a posteriori - como no caso concreto, após o início da ação penal. Ao contrário, existe regra expressa no art. 65, III, "b", do CP, segundo a qual o ressarcimento durante o transcorrer da ação constitui mera atenuante genérica.

3. DO PEDIDO DA REFORMA.

Ante todo o exposto, demonstrada, fundamentadamente, a negatíva de vigência ao art. 155, caput, do Código Penal, aguarda o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** seja **ADMITIDO** o processamento do presente Recurso Especial por essa Egrégia Presidência, bem como seja ele oportunamente **CONHECIDO** e **PROVIDO** pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a fim de cassar o v. acórdão recorrido, restabelecendo a decisão condenatória proferida pelo juízo de primeira Instância contra José Milton Rosa.

São Paulo, 03 de agosto de 2020.

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Procurador de Justiça designado