



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.601 - RJ (2011/0033025-0)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : MARCELA SIQUEIRA MIGUENS E OUTROS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : PEDRO JORGE KINGSTON MUSSO

### EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO DE ÁGUA VITIMANDO A COMPANHIA DE ABASTECIMENTO. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. COLORIDO MERAMENTE CIVIL DOS FATOS. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIABILIDADE.

1. 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 *quaestio* no plano civil, não se justifica a persecução penal.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 28 de junho de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 197.601 - RJ (2011/0033025-0)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : MARCELA SIQUEIRA MIGUENS E OUTROS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : PEDRO JORGE KINGSTON MUSSO

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em favor de PEDRO JORGE KINGSTON MUSSO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC n.º 0061647-45.2010.8.19.0000).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 155 do Código Penal. Segundo a denúncia, teria ocorrido a suposta prática de furto de água, em razão de uma ligação direta na rede de abastecimento da CEDAE, causando prejuízos à empresa responsável pela distribuição de água. A denúncia foi recebida em 25.08.2010 e, em sede de resposta à acusação, a defesa requereu a extinção da punibilidade, mas o juízo de primeiro grau indeferiu o pedido.

A defesa, insatisfeita, ajuizou prévio *habeas corpus* perante o tribunal de origem, que, por maioria, denegou a ordem, em acórdão assim sintetizado:

*HABEAS CORPUS – FURTO - ARTIGO 155, CAPUT, DO CP – SUBTRAÇÃO DE ÁGUA DA CEDAE – PAGAMENTO DO VALOR DEVIDO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - NÃO CABIMENTO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA –* O presente *habeas corpus* foi impetrado alegando-se que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juízo da 36ª Vara Criminal da Capital, eis que extinta a punibilidade do agente diante do pagamento do débito junto à CEDAE, oito meses antes do oferecimento da denúncia. De acordo com o laudo de fls. 17/19, ficou demonstrado que havia ligação direta na rede de abastecimento da CEDAE. Constatada a ligação clandestina, o *Parquet* ofereceu denúncia em desfavor do paciente, narrando os fatos devidamente, sendo que a conduta do mesmo se amolda tipo penal previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal. Não há como prosperar o pedido de absolvição sumária pela extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito apurado antes do oferecimento da denúncia, por absoluta falta de amparo legal, já que débitos fiscais em nada se equiparam a crime de furto. **ORDEM DENEGADA.**

Alegam a impetrante que o paciente já efetuou o pagamento do valor estimado do prejuízo em 21.12.2009, antes do oferecimento da denúncia, em 03.08.2010, o que



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstra a ausência de justa causa para a ação penal.

Argumentam que o art. 168-A do Código Penal e o art. 34 da Lei n.º 9.249/95 prevêem a extinção da punibilidade do agente quando o pagamento é efetuado antes do início da ação penal.

Pleiteiam a aplicação analógica das referidas normas legais ao caso concreto, citando precedentes para reforçar sua tese.

Salientam que, no caso em apreço, o serviço não é prestado por concessionária, mas por uma empresa pública, o que caracteriza a cobrança em tela como taxa, uma espécie de tributo.

Asserem que a perícia no local afastou a existência de qualquer adulteração no hidrômetro, o que afasta a materialidade do delito.

Afirmam, ao final, que a água fornecida para o local era para consumo da empresa locatária, a qual, segundo o contrato, era responsável pelo seu pagamento.

Invocam o princípio da responsabilidade subjetiva, que deve prevalecer no direito penal em um Estado Democrático de Direito.

Requerem, liminarmente, o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, pretende o trancamento da ação penal em exame.

A liminar foi deferida para "suspender o curso da ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, até o julgamento do mérito deste *writ* pela colenda Sexta Turma deste Tribunal Superior" (fls. 128-129).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 136-138, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria C. Mendonça, opinando pela concessão da ordem.

As informações foram prestadas às fls. 143-150, 151-172 e 151-172.

Foi deferido o pedido de intimação da sessão de julgamento, fl. 187.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 197.601 - RJ (2011/0033025-0)**

### EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO DE ÁGUA VITIMANDO A COMPANHIA DE ABASTECIMENTO. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. COLORIDO MERAMENTE CIVIL DOS FATOS. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIABILIDADE.

1. 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 *quaestio* no plano civil, não se justifica a persecução penal.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

### VOTO

#### **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

O objeto da impetração cinge-se à verificação de existência de justa causa para a ação penal, porquanto o prejuízo oriundo de suposto furto de água teria sido ressarcido à companhia de abastecimento.

Busca-se, aqui, o reconhecimento de raciocínio analógico entre a extinção da punibilidade promovida nos crimes fiscais e previdenciários.

A par do instigante argumento constante da impetração, de que haveria espaço para se promover o alargamento das disposições ligadas aos crimes fiscais e previdenciários, penso que o mais importante, *in casu*, é ter em linha de consideração o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio*.

Nesta toada, tem-se que a persecução penal em testilha fere o princípio da intervenção mínima, mormente tendo em conta a faceta da subsidiariedade. Acerca do tema, esclarece ALBERTO SILVA FRANCO:

(...) como adverte Antonio García-Pablos de Molina (Idem, p. 558/559), o Direito Penal não pode ser a *prima ratio*, em a *unica ratio* para



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fazer face às tensões sociais: "é a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em casos de estrita necessidade, para defender os bens juridicamente fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantia de êxito as demais estratégias de natureza não penal".

O princípio da intervenção mínima encontra expressão em duas perspectivas diversas: o princípio da fragmentariedade e o princípio da subsidiariedade.

(...)

Já o princípio da subsidiariedade põe em destaque o fato de que o Direito Penal não é único controle social formal dotado de recursos coativos, embora seja o que disponha, nessa matéria, dos instrumentos mais enérgicos e traumáticos. A gravidade intrínseca desse instrumental, posto à disposição do Direito Penal, recomenda, no entato, que só se faça dele uso quando não tenham tido êxito os meios coativos menos gravosos, de natureza não penal. "A cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e irreversíveis - por sua nocividade intrínseca - só pode ser prescrita *in extremis*, isto é, quando não se dispõe de outras possíveis técnicas de intervenção ou estas resultam ineficazes como *ultima ratio*. O princípio da subsidiariedade expressa, portanto, uma exigência elementar: a necessidade de hierarquizar, otimizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de economia social que optará sempre a favor do tipo de intervenção menos lesiva ou limitativa dos direitos individuais dado que o Direito Penal é o último recurso de uma sã política social" (Antonio Garcia-Pablos de Molina, *Idem*, p. 563). O princípio da subsidiariedade limita, portanto, o *ius puniendi* na medida em que só autoriza a intervenção penal se não houver outro tipo de intervenção penal se não houver outro tipo de intervenção estatal menos e menos custosa aos direitos individuais. (*Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 49).

Na espécie, a intervenção social menos drástica seria a sanção civil - cuja senda inclusive já se encontra pacificada.

Acerca da preocupação com a expansão incriminatória, confira-se a lição do Professor Titular de Direito Penal da USP, RENATO DE MELLO JORGE DA SILVEIRA:

Em momento embrionário desta discussão, afirmando-se que nem todos os interesses dessa ordem seriam passíveis de tutela penal, pretendeu-se estabelecer um mínimo de valores a serem defendidos. (...)

A busca de soluções para o problema basilar das sociedades pós-industriais e a questão dos interesses difusos e sua abordagem penal têm levado o legislador, no mais das vezes a uma fuga ao Direito Penal. Reflexo de uma crise por que passa a própria sociedade, a tendência de tipificação de condutas, sem a contrapartida de avaliação filosófico-sistêmica penal, conduz a norma a uma realidade simbólica, deslegitimando o Direito Penal. As limitações de uma tutela difusa devem encontrar fronteira não em uma avaliação subjetiva da sociedade, mas, sim, na possibilidade de esta sociedade buscar outros meios para os novos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interesses surgidos. (*Direito penal supra-individual*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 211).

Penso que os fatos enfocados na denúncia não ultrapassam os limites do ilícito civil e, como tal, já alcançou, inclusive equacionamento. Desta maneira, penso que o manejo do Direito Penal implicaria intervenção estatal desproporcional, dado que, numa perspectiva conglobante não seria possível falar-se em tipicidade.

Neste diapasão, confira-se a lição de ZAFFARONI:

O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal. (...)

Isto significa que a *conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa*.

Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja *proibida* pela norma (pelo "não matará", "não furtará" etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado.

A *antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, mas requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico*. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a *tipicidade legal*, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela *tipicidade penal* da conduta.

*Tipicidade legal e tipicidade penal são a mesma coisa: a tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade*.

(...)

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A *tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas (*Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, p. 456-459).

Lembre-se, neste diapasão, o entendimento jurisprudencial:

HABEAS-CORPUS.

- Crime contra a propriedade material não verificado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- O Direito Penal não é a solução do contrato civil.
- Ordem concedida.

(HC 14.337/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2001, DJ 05/08/2002, p. 412)

Entrementes, a conferir tonalidade mais intensa de ilícito civil, o débito decorrente da suposta subtração de água foi quitado pelo paciente, não havendo se falar, mais, em situação de abalo social em razão da imputação.

Pontue-se, por fim, que, à época dos acontecimentos estampados na incoativa, o paciente não ocupava o imóvel, que se encontrava na posse de um inquilino. Portanto, afigura-se-me demasiado elastério a tentativa de tragar o paciente para o universo da responsabilidade criminal sendo que ele se distanciava do palco dos acontecimentos.

Tal se evidencia, ainda mais, com o enfoque dos fatos, conforme extraídos da incoativa:

Por período de tempo ainda não determinado, mas no dia 02 de outubro de 08, no imóvel comercial, (...), o ora denunciado, livre e conscientemente, na qualidade de proprietário do referido imóvel, subtraiu para si ou para outrem, água, de propriedade da concessionária do serviço público.

Consta do incluso procedimento que funcionários da empresa lesada compareceram no referido imóvel, oportunidade que perceberam que o Hidrômetro instalado no local não figura no cadastro da CEDAE. Ato contínuo, constataram que trata-se de uma ligação direta, o que fazia com que a nota fiscal/fatura de cobrança da água consumida fosse emitida.

Conforme restou apurado, o denunciado era o proprietário do local, sendo certo que tinha conhecimento da fraude, uma vez que possuía equipamentos que consumiam água, que por sua vez não eram registrados. Assim, ao permitir e assentir com a fraude, o denunciado passou a subtrair água.

O prejuízo foi calculado em R\$ 1.156,22. (fls. 52-53).

O comprovante do pagamento da dívida, efetuado em 21/12/2009, encontra-se acostado à fl. 66.

Assim, verifica-se que a insurgência se mostra em sintonia com a jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0033025-0

**HC 197.601 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 2689684720108190001

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARCELA SIQUEIRA MIGUENS E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : PEDRO JORGE KINGSTON MUSSO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

#### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.