

HABEAS CORPUS Nº 543.159 - SP (2019/0327461-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS PIMENTEL DA SILVA
PACIENTE : ALCREDIANA DE SOUSA OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FRANCISCO DE ASSIS PIMENTEL DA SILVA e ALCREDIANA DE SOUSA OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0011223-46.2018.8.26.0348).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 155, §4º, IV, do Código Penal. As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos (e-STJ fls. 27/29).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido (e-STJ fls. 13/26), na forma da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL FURTO DE ÁGUA POTÁVEL, QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES Absolvição Impossibilidade Materialidade e autoria suficientemente comprovadas, que decorrem da prova oral e documental Acusado que admitiu ter conhecimento da existência de ligação clandestina Conduta típica, pouco importando se o valor pago pelas contas não se alterou após a regularização do fornecimento de água A água só é bem imóvel, público e de uso comum do povo, enquanto não destacada do leito do rio por onde naturalmente flua. Após captada e canalizada, passa a ser de propriedade da empresa concessionária responsável pelo serviço público respectivo (fornecimento de água), cuja subtração configura furto e não o crime de usurpação de água (art. 161, §1º, I, do CP) Vítima que desconhecia a fraude e não

Superior Tribunal de Justiça

foi induzida em erro, de maneira que de estelionato não se pode cogitar Estado de necessidade alegado, mas não comprovado Possibilidade de conseguir água por outras vias Condenações bem lançadas Penas e regimes estipulados que não o comportam arrefecimento Recursos desprovidos.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, pois manteve a condenação por fato que não caracteriza crime.

Argumenta que os pacientes não tinham ciência da clandestinidade do fornecimento de água, possuíam relógio de medição e sempre pagaram suas contas. Aduz que mesmo após a regularização, o consumo de água jamais ultrapassou o limite mínimo. *Portanto, não faz a menor diferença se os PACIENTES extraíam água de uma ligação ilícita, pois o consumo de água que faziam era o mesmo: o suficiente apenas para o pagamento do valor mínimo, o qual era feito, tal como amplamente demonstrado pela prova oral.* (e-STJ fl. 10)

Pleiteia a defesa, assim, a concessão da ordem para que os pacientes sejam absolvidos ou, subsidiariamente, a desclassificação do crime de furto para o artigo 161, §1º, inciso I, do Código Penal, com oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 39/40, opinou pela denegação do *habeas corpus*.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto

permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, cabe ressaltar que o *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar pedido de absolvição/desclassificação, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou

reformando-a.

II - In casu, o que avulta do contexto fático delineado pela col. Corte a quo não é uma conduta de usuário de substância entorpecente, mas a de alguém que faria da mercância de drogas seu meio de vida, ante "a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes, bem como a apreensão em local já conhecido pela venda de drogas, e as uníssonas declarações dos policiais militares, demonstram, à saciedade, que as substâncias apreendidas efetivamente se destinavam ao tráfico [...]." Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

III - O Tribunal de origem se apoiou em robusto conjunto probatório para impor a respectiva condenação, quais sejam, "os policiais militares esclareceram que o recorrente exercia ao menos a função de olheiro na organização de tráfico de drogas local conhecida com Comando Vermelho, [...] levando-se em conta as circunstâncias em que foi detido o recorrente, o local da apreensão, bem como toda prova testemunhal, restando confirmado que o apelante estava associado a terceiros com o fim de praticar o tráfico ilícito de drogas no local." Insta consignar as informações exaradas no acórdão no sentido de que o paciente se descolava da área dominada pelo Comando Vermelho, de modo que seus comparsas recebiam os policiais a tiros, tendo ele se beneficiado do confronto para tentar fugir. Dessa forma, estando demonstrada a associação do paciente à estável societas criminis dedicada à prática do tráfico ilícito de entorpecentes, correta sua condenação como incurso no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06. IV - O artigo 40, inciso IV, da Lei de Drogas dispõe que as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei 11.343/2006 são aumentadas de um sexto a dois terços, se o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. In casu, considerando que, conforme os depoimentos policiais, na tentativa de fuga do paciente, os policiais sofreram disparos de arma de fogo, mostra-se adequada a incidência da sobredita causa de aumento, sendo prescindível sua apreensão, eis que comprovado por outros meios de provas que os delitos foram perpetrados com emprego de arma de fogo. Desconstituir as conclusões do acórdão recorrido, objetivando afastar a incidência das causas de aumento de pena previstos nos incisos III, IV e VI do artigo 40

da Lei n. 11.343/06, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita (AgRg no AREsp n. 1.140.346/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 30/04/2018). V - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na espécie, a não aplicação da minorante, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, está devidamente fundamentada, uma vez que o paciente foi condenado pelo crime de associação para tráfico, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a concessão da benesse, inexistindo flagrante ilegalidade. Precedentes.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 477.839/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019)

No caso, ao manter a condenação dos pacientes, assim consignou o Relator do voto condutor do acórdão (e-STJ fls. 16/27):

[...]

Consta dos autos que, entre janeiro de 2015 e dezembro de 2017, na Rua Vitoria do Zaíra, nº 107, Jardim Zaíra, na cidade de Mauá, os acusados, agindo previamente conluiados, subtraíram, em proveito comum, 240m³ de água proveniente do abastecimento público, deixando de recolher aproximadamente R\$ 943,62 em prejuízo da concessionária “BRK Ambiental”.

Apurou-se que, em janeiro de 2015, os apelantes, casados e residindo no local dos fatos, dirigiram-se até um ponto de ligação clandestina com a rede pública de água (ramal com torneira), o qual estava instalado em uma vilela denominada “Ilha do Tiriri”, aos fundos da residência, conectaram-no a uma mangueira, que levaram até as duas caixas d'água instaladas no mesmo imóvel, acionaram o registro do ramal e passaram a usufruir do serviço de água clandestinamente, o que perdurou até dezembro de 2017, gerando o consumo irregular suso discriminado.

Ocorreu que uma equipe de agentes operacionais da “BRK Ambiental” prestava manutenção em um imóvel adjacente, ocasião em que constataram a existência da referida ligação clandestina e comunicaram o fato à central competente, que, ao

seu turno, adotou as providências administrativas contra os sentenciados.

Em razão do expediente fraudulento, os recorrentes consumiram gratuitamente o serviço de água e deixaram de repassar à concessionária, ilicitamente, aproximadamente R\$ 943,62.

Irrefragável a materialidade delitiva, a qual decorre do boletim de ocorrência (fls. 04/07), termo de ocorrência de irregularidade (fls. 21), relatório técnico de estimativa de prejuízo (fls. 30/33) e laudo pericial realizado no local dos fatos (fls. 38/41); tudo em harmonia com a prova oral coligida.

A autoria também é certa.

A ré negou os fatos, afirmando, em suma, que não sabia da irregularidade no consumo da água, pois recebiam a conta normalmente. Disse que pagavam pelo ponto “de baixo”, mas não o “de cima”, que é da caixa d'água. Reforçou que ninguém paga por esta ligação de água, a qual achava que também “passava pelo ramal”. Mesmo após a regularização, persistiu pagando o valor mínimo pelo consumo de água (declarações nos autos digitais).

O acusado, por sua vez, embora inicialmente tenha afirmado desconhecer a irregularidade da ligação, pois teria adquirido o imóvel com a conexão realizada, disse, quando indagado pelo magistrado a respeito da mudança de versão com relação às declarações que ofertou extrajudicialmente (ocasião em que admitia a ciência sobre os fatos), que sabia tratar-se de uma “ligação que não passava pelo relógio [...] sabia que era uma ligação tipo clandestina” (3'20” do interrogatório). Alegou que pagava o valor mínimo e assim continuou após a retirada da ligação irregular. Contou que pagou uma multa concernente à existência de ligação clandestina “quando pegou a casa”, mas que continuou utilizando a água (declarações nos autos digitais).

E a confissão ainda que tímida de Francisco se ajusta muito melhor ao arcabouço probatório que a negativa da corré.

Nesse passo, as testemunhas Emerson Sampaio do Nascimento, Francisco Evandisson Paiva e Vagner da Silva Aguiar, funcionários da empresa vítima, confirmaram que havia ligação clandestina na casa dos réus, sendo certo que a água vinha de outro lugar, sem passar pelo medidor (declarações nos autos digitais).

Merece destaque o testemunho de Francisco, de acordo com o

qual foram até o local para realizar manutenção em imóvel vizinho e verificaram que havia uma aparente ligação irregular abastecendo o imóvel dos recorrentes. Feito o teste de pressurização, constatou-se que não chegava água pela mangueira frontal. A ré autorizou a realização de teste no cavalete, mas, quando o procedimento foi realizado e verificou-se que a água não chegava pela frente, ela notou que estavam constatando algo e se alterou, passando a filmá-los e dizer-lhes que “estavam fazendo coisa errada e que não tinha autorizado”. A conta era recebida no imóvel, pois a mangueira da frente só existia para demonstrar que a situação estava correta. Apesar de a acusada negar os fatos, pediu para um funcionário dela ir até o local para desligar a ligação clandestina. Não sabiam onde ficava tal ligação (declarações nos autos digitais).

Deste modo, cai por terra a tese defensiva de que os recorrentes desconheciam a existência da ligação clandestina no sistema de abastecimento de água do imóvel.

Com efeito, o comportamento da ré relatado pela sobredita testemunha é sintomático, revelando que ela tinha plena ciência da irregularidade em questão.

Por outro lado, Francisco admitiu que a água que vinha da ligação de cima do imóvel não passava pelo relógio, reforçando, ao final de seu interrogatório, que já havia recebido multa por fornecimento ilegal de água “quando pegou a casa”.

Também não socorre os recorrentes o fato de as contas de água supervenientes à regularização da situação hídrica da residência terem persistido no valor de cobrança mínimo, uma vez que patente, pelo documento a fls. 30/33, que a concessionária vítima experimentou prejuízo correspondente a R\$ 943,62 em razão do furto em tela.

Além do mais, os apelantes podem ter reduzido substancialmente o consumo de água no imóvel a partir do desligamento da conexão ilícita, precisamente por terem conhecimento de que os valores cobrados sem o emprego do ilícito certamente seriam recrudescidos.

Descabida, outrossim, a alegação de que teriam agido em estado de necessidade.

Ao tratar do assunto, esta Corte Bandeirante de Justiça assentou sobre o assunto:

[...]

De mais a mais, a defesa não se desincumbiu do ônus que lhe competia, a teor do art. 156 do Código de Processo Penal, não bastando a mera alegação, devendo ser comprovada a tese aventada.

Fadada ao insucesso, ainda, a aspirada desclassificação das imputações para o crime de usurpação de águas, elencado no art. 161, I, do Código Penal.

Consoante brilhante lição de Rogério Sanchez da Cunha, a água, após “Captada e canalizada, passa a ser de propriedade da empresa concessionária, responsável pelo serviço público respectivo. Ingressando em reservatório particular, este lhe adquire a propriedade, pouco importando o nome que se dê ao ato oneroso de aquisição (compra e venda, tarifa, taxa, preço público etc.). A partir daí, quando subtraída, caracteriza-se o delito de furto (art. 155, caput, do CP) e, não, o de usurpação de águas (art. 161, I, do CP), delito caracterizado pelo impedimento de uso de águas alheias, por represamento ou desvio (RJDTACRIM 11/90)” (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal Parte Especial, Salvador, Vol. Único, Juspodvm, 2017, p. 325 grifado).

Na mesma linha, o festejado Júlio Fabbrini Mirabete, ao tratar do crime de usurpação de águas, assenta:

[...]

Também não é caso de estelionato, vale consignar, pois a empresa vítima sequer tinha conhecimento da ligação clandestina confeccionada para subtração da água. Toda a empreitada partiu dos autores, que efetuaram conexão de tubulação para abastecimento de água sem passagem pelo hidrômetro e consequente medição de seu consumo, restando ausente a voluntariedade (ainda que viciada) na entrega da coisa, indispensável para o aperfeiçoamento do crime em questão.

O entendimento jurisprudencial emanado deste Tribunal de Justiça é tranquilo no sentido de que a conduta em comento caracteriza o crime de furto. Confira-se:

[...]

Destarte, de absolvição ou desclassificação não se pode cogitar.

[...]

Pela leitura dos excertos acima, verifica-se que a conclusão

obtida pela Corte estadual sobre a condenação dos pacientes pelo crime de furto de água foi lastreada no acervo probatório.

Nesse contexto, entendimento diverso, como pretendido pelo impetrante, repito, demandaria a imersão vertical no acervo fático e probatório carreado aos autos, providência incabível na via processual eleita, não havendo que se falar, portanto, em absolvição ou desclassificação por insuficiência probatória.

Ante todo o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília/DF, 20 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator