

HABEAS CORPUS 97.261 — RS

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Paciente: Luís Fernando Aliatti

Impetrante: João Augusto Moojen

Coatora: Relatora do Recurso Especial 1.068.075 do Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Direito penal. Alegação de ilegitimidade recursal do assistente de acusação. Improcedência. Interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. Furto de energia (art. 155, § 3º, do Código Penal). Adequação típica não evidenciada. Conduta típica prevista no art. 35 da Lei 8.977/1995. Inexistência de pena privativa de liberdade. Aplicação de analogia *in malam partem* para complementar a norma. Inadmissibilidade. Obediência ao princípio constitucional da estrita legalidade penal. Precedentes.

O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. Decorrencia do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal.

O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo.

Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (*analogia in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a ordem de *habeas corpus*, para afastar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.068.075, uma vez que não há previsão legal para sustentar a manutenção da pena aplicada ao

paciente, uma vez que a conduta a ele imputada não encontra adequação típica no art. 155, *caput*, do Código Penal, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de abril de 2011 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Luís Fernando Aliatti*, contra decisão proferida pela relatora do Recurso Especial 1.068.075, Min. Jane Silva, do Superior Tribunal de Justiça.

Extrai-se da impetração que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 155, § 3º, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, pela prática da conduta descrita na peça acusatória nos seguintes termos:

(...) Em período que vai do início do ano de 2005, até a data de 29 de abril de 2005, de maneira contínua e permanente, na Rua Ouro Preto, 682, Bairro Vila Floresta, nesta Capital, **o denunciado, subtraiu para si, sinal de TV a cabo, energia com valor econômico equiparável a coisa alheia móvel**, pertencente à empresa NET SUL, consoante registro de ocorrência de fl. 3.

Por ocasião dos fatos, técnico contratado pela empresa vítima, durante auditoria realizada nas imediações da residência do denunciado, **constatou a existência de uma ligação clandestina que levava o sinal da NET de um poste da rua até a residência do acusado. Ocorre que o denunciado não consta da lista de assinantes da NET. Além disso, o aparelho apreendido no interior de sua residência consta como dado em comodato a pessoa de Paulo Eduardo Moreira Fontes. Desta maneira, portanto, o acusado subtraía, para si, o sinal de TV a cabo da NET, furtando energia com valor econômico.**

Cumprе referir, ainda, que por três vezes consecutivas o técnico contratado pela empresa vítima esteve no local e cortou a ligação clandestina, a qual foi insistentemente religada pelo acusado, mesmo diante da colocação de um lacre e do prévio aviso ao usuário irregular de que seu ato configura crime de furto.

(Fls. 2-5 do apenso 1.)

A ação penal foi julgada procedente e o paciente condenado à pena de um ano e seis meses de reclusão, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade (fls. 159 165 do apenso 1).

Assim decidindo, entendeu o juízo de primeira instância que os fatos imputados ao paciente se enquadram na figura típica prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal, sustentando que os sinais de TV a cabo representam espécie

de energia dotada de valor econômico, equiparando se à coisa móvel por incidência da norma contida no aludido dispositivo legal.

Em sede de recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu pela atipicidade da conduta imputada ao paciente e o absolveu com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. O acórdão possui a seguinte ementa:

Furto. Sinal de televisão a cabo. Energia não é conduta penalmente atípica. Absolvição.

O sinal de TV a cabo, diferentemente da energia elétrica, a que se refere o Código Penal, não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos; diferentemente da energia elétrica, não está o sinal sujeito à apropriação, e, mensurado (medição) pelo seu valor econômico/comercial, causar desfalque patrimonial do fornecedor, nem pode ser mantida em acumuladores e, assim retida e transportada como *res furtivae*. O sinal de televisão a cabo energia não é. Apenas fornece sinal televisivo e por isso mesmo seu desvio (gato) não pode ser considerado conduta penalmente típica. Admitir que o sinal seja equiparado à energia elétrica e, assim, contemplar punitivamente o tipo penal do art. 155, § 3º, CP, é elaborar interpretação *in malam partem*, vedado no sistema penal. Recurso provido.

Contra esse acórdão, a Net Sul Comunicações Ltda., na qualidade de assistente da acusação, interpôs recurso especial, o qual foi provido para reformar o acórdão absolutório proferido pelo TJRS e restabelecer a sentença condenatória. A ementa do acórdão possui o seguinte teor:

Direito penal. Recurso especial. Captação de sinais de televisão a cabo. Conduta típica. Recurso provido.

(Fls. 283- 287 do apenso 2.)

Sobreveio, então, o presente *habeas corpus*, no qual sustenta o impetrante: (a) a inconstitucionalidade da participação do assistente de acusação no processo criminal, sobretudo quando da interposição de recurso especial sem qualquer participação do Ministério Público, titular da ação penal; (b) a atipicidade da conduta de interceptar ou receptor sinal de TV a cabo, sob o argumento de que não haveria tipo penal específico para a conduta imputada ao ora paciente e que a aplicação analógica do art. 155, § 3º, do Código Penal constitui inadmissível analogia *in malam partem*.

Requer, liminarmente, a suspensão da aplicação da pena imposta ao paciente até o julgamento final do *writ*. No mérito, o pedido consiste na concessão da ordem para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente.

Indeferi o pedido de liminar às fls. 23-24.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ação e, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 27-30).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): No tocante à alegação de inconstitucionalidade da participação do assistente de acusação, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que “o assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso” (HC 102.085/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJE 159, de 27-8-2010), entendimento decorrente do que fora consignado no enunciado da Súmula 210 desta Corte, segundo a qual:

O assistente do Ministério Público **pode recorrer**, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal.

Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade da participação do assistente de acusação.

Já em relação ao questionamento acerca da tipicidade criminal da subtração, interceptação ou recepção não autorizada de sinal de TV a cabo, tanto a doutrina quanto as diversas instâncias do Poder Judiciário têm se manifestado de forma divergente, sendo de um lado: (STJ, HC 17.867; TJSP, Apecrim 917.129.3/0; TJRJ, Apecrim 2008.050.06356; TJSC, Apecrim 2008.014761 8, Apecrim 2005.0168376), **que equiparam a interceptação de sinais ao delito de furto tipificado no art. 155, § 3º, do Código Penal, sustentando que o sinal de TV a cabo é energia com valor econômico**, e de outro: (TJMG, Apecrim 427.714 1, Apecrim 452.9671, Apecrim 480.899 9, Apecrim 485.344 9, Apecrim 1.0024.01.003108 6, Tars, Apecrim – j. 2-4-1998 – RT 755/732, Apecrim 297039505), **que consideram o desvio de sinal de TV fato atípico, cuja prática configura mero ilícito civil**.

No campo doutrinário, merece destaque Cezar Roberto Bitencourt, **partidário da corrente que defende a atipicidade da conduta**, o qual afirma que o sinal de TV a cabo não é nem se equipara a energia, e, por isso, não se enquadra no § 3º do art. 155 do Código Penal, e também Guilherme de Souza Nucci, para quem o sinal de TV a cabo é uma forma de energia, e seu uso irregular configura o delito de furto previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal.

Esta situação de divergência acarreta indesejável insegurança jurídica, uma vez que alguns são condenados enquanto outros são absolvidos pela prática da mesma conduta.

Passo a enfrentar, pois, a matéria de direito trazida a lume no presente *habeas corpus*.

Entendo que não restam dúvidas quanto à tipicidade da conduta de interceptar ou receptor sem autorização sinais de TV a cabo. É o que dispõe expressamente o art. 35 da Lei 8.977/1995, *verbis*:

Constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo.

O referido artigo prevê a conduta de **interceptar** ou **receptar**, que significa interromper no seu curso, não deixar chegar ao seu destino, pôr obstáculo a; ou **guardar ou esconder coisa furtada por outrem, o que não se confunde com o verbo subtrair**, núcleo do tipo penal do furto, previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal, cuja definição diz respeito a **tirar, retirar ou surrupiar**.

Ora, quem intercepta o sinal de televisão a cabo não o tira, nem retira e tampouco dele se apossa. Logo, não há que se falar em **subtração**, que, aliás, acarreta prejuízo patrimonial, o que certamente não se verificou na hipótese dos autos. Nesse sentido, sustenta João Eduardo Grimaldi da Fonseca, em artigo específico sobre o tema:

Não há desfalque no patrimônio, o prejuízo decorre do que a empresa – em virtude da utilização indevida do sinal que retransmite – deixa de receber, **não do que desta se subtrai**.

(FONSECA, João Eduardo Grimaldi. O “furto” de sinal de televisão a cabo. *Boletim do IBCCrim*, n. 103:18 jun. 2001.)

Assim, ao contrário da forma capitulada na denúncia, verifica-se que o **paciente não cometeu furto**, pois, como ficou demonstrado, **interceptar ou receber nunca será igual subtrair**, uma vez que são tipos penais distintos.

Além disso, entendo que o sinal de TV a cabo não pode ser equiparado à energia, pois não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos, ou de transformar-se em outras formas de energia. Diferentemente da energia elétrica, não está o sinal de TV a cabo sujeito à apropriação material, não podendo ser armazenado, retido e transportado como *res furtivae*.

Não obstante a existência de diversas espécies de energia com valor econômico, dentre as quais cito as energias solar, térmica, luminosa, sonora, mecânica, atômica e genética, dentre outras, **definitivamente sinal de TV a cabo não é nem se equipara a energia, seja de que natureza for**.

Nem mesmo a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, no item 56, é suficiente para equiparar o sinal de TV a cabo à energia, conforme dispõe:

Para afastar qualquer dúvida, é expressamente equiparada à coisa móvel e, conseqüentemente, reconhecida como possível objeto de furto “a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”. Toda energia economicamente utilizável suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo (como, por exemplo, a eletricidade, a radioatividade, a energia genética dos reprodutores, etc.) pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as coisas móveis, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita.

Na verdade, como destaca Cezar Roberto Bitencourt, a energia “se consome, se esgota, diminui, e pode, inclusive, terminar, ao passo que sinal de televisão não

se gasta, não diminui; mesmo que toda a população do planeta o acesse ao mesmo tempo" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 3, p. 66).

Feitas essas considerações, concluo que, **por não ser energia e não ser suscetível de subtração, não pode o sinal de televisão a cabo constituir se em objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal.**

Contudo, como já consignei, o art. 35 da Lei 8.977/1995 (que dispõe especificamente sobre os serviços de TV a cabo), prevê a ilicitude da interceptação e da recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo.

Oportuno salientar, neste ponto, que a referida lei é uma norma especial e cronologicamente posterior ao furto previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal, o que impõe a sua aplicação ao caso vertente. No entanto, o art. 35 da Lei 8.977/1995 **não apresenta o preceito secundário**, ou seja, não estabelece a sanção penal a ser aplicada ao agente que incidir no aludido tipo penal.

Desse modo, embora ilícita a prática do desvio de sinal de TV a cabo – nos termos do art. 35 da Lei 8.977/1995 – não há pena privativa de liberdade prevista na norma em apreço.

Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco inversa, cujo conteúdo incompleto (preceito secundário) **deve ser complementado obrigatoriamente por outra lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal.**

No caso, **não se admite o uso da analogia para preencher a lacuna decorrente da mencionada lei**, e, assim, é inadmissível impor ao paciente a pena fixada em abstrato para o delito de furto. **Do contrário, estaríamos adotando o recurso à analogia in malam partem, vedada no sistema penal.**

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, destaco o que foi decidido pelo Plenário desta Corte, no julgamento do Inq 1.145/PB (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 19-12-2006), no qual se considerou atípica a prática da "cola eletrônica". Transcrevo trecho da decisão:

Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve se adotar o fundamento constitucional do princípio da estrita legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da "cola eletrônica", a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito.

Como se sabe, à luz do princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, previsto expressamente tanto em nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXIX) quanto no Código Penal (art. 1º), não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

Do exposto, **concedo a ordem** pleiteada em favor do paciente para afastar a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial 1.068.075, tendo em vista que

não há previsão legal suficiente à manutenção da pena aplicada ao paciente, uma vez que a conduta a ele imputada não encontra adequação típica no art. 155, § 3º, do Código Penal.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 97.261/RS — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Paciente: Luís Fernando Aliatti. Impetrante: João Augusto Moojen. Coatora: Relatora do Recurso Especial 1.068.075 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu a ordem de *habeas corpus*, para afastar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.068.075, uma vez que não há previsão legal para sustentar a manutenção da pena aplicada ao paciente, uma vez que a conduta a ele imputada não encontra adequação típica no art. 155, *caput*, do Código Penal, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu este julgamento a Ministra Ellen Gracie.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 12 de abril de 2011 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.