

Data enia

Revista Jurídica Digital



Inexistência de crime de furto de água decorrente de instalação de sistemas de ligação directa

O princípio da tipicidade como travão do direito natural

Diego Brito

Procurador- Adjunto

SUMÁRIO:

Uma perspectiva sobre a problemática das instalações de ligação directa aos sistemas públicos de abastecimento de água.

Uma abordagem sobre o sentimento geral de ilicitude passando pela reflexão acerca das dificuldades práticas com as quais os Tribunais e o Ministério Público se têm deparado, pela análise dos elementos típicos do crime de furto e pela delimitação conceitual de coisa móvel e de coisa alheia, tendo sempre como fio condutor o princípio da tipicidade.

Inexistência de crime de furto de água decorrente de instalação de sistemas de ligação directa

O princípio da tipicidade como travão do direito natural

Diego Brito

Procurador-Adjunto

Resumo: Uma perspectiva sobre a problemática das instalações de ligação directa aos sistemas públicos de abastecimento de água. Uma abordagem sobre o sentimento geral de ilicitude passando pela reflexão acerca das dificuldades práticas com as quais os Tribunais e o Ministério Público se têm deparado, pela análise dos elementos típicos do crime de furto e pela delimitação conceitual de coisa móvel e de coisa alheia, tendo sempre como fio condutor o princípio da tipicidade."

1. Introdução

Certamente alguns de nós já terão ouvido, durante a infância, adolescência, ou já na fase adulta algumas histórias da existência de ligações directas no fornecimento de electricidade ou água.

Nesse âmbito ouve-se, por vezes, que determinada pessoa foi apanhada a “roubar” água.

Nunca questioneei a ilicitude de tal conduta tendo a sua génese, talvez, no “direito natural” quiçá decorrente do mandamento mosaico.

Depois de ter ingressado na magistratura e passado por alguns municípios (*antigas comarcas*), vim a ter o primeiro contacto profissional com essa realidade, na fase da investigação, durante o tempo em estive destacado no D.I.A.P. da Maia.

Nessa ocasião deparei-me com algumas dificuldades na condução da investigação, relacionado com um problema que me levou a reflectir e a formular a seguinte questão: Como o município consegue fazer cálculos sobre a estimativa de consumo de água?

Ofícios para cá e para acolá, nunca obtive uma resposta assertiva à questão formulada. Neste âmbito, não cheguei a ter tempo suficiente para proferir qualquer despacho final de inquérito sobre essa matéria por ter sido, por razões profissionais inerentes à minha função de membro do quadro complementar do Porto, “abruptamente” destacado para a “Instância Local Criminal” do mesmo município.

Mas tal facto não evitou de ser confrontado, novamente, com tal problema quando me deparei com uma acusação pelo crime de furto decorrente da instalação de ligação directa no sistema de abastecimento de água, que me obrigou a nova reflexão sobre o critério da elaboração de estimativas de consumo e discussão com o meu colega, também Magistrado do Ministério Público, Rogério Gomes Osório que ter-me-á dito expressões equivalentes a “Ouve lá! Tens certeza que isso é crime” ou “Vai lá estudar se isso é mesmo crime.”, chamando-me a atenção para o (não) preenchimento dos requisitos de “coisa móvel” e “alheia”, exigidos pelo tipo legal previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal.

A partir daí, com vista a não cometer uma injustiça, iniciei um estudo “supersónico”, ainda que perfunctório, sobre tal matéria que se circunscreveu (*face também à inexistência de jurisprudência publicada relativamente a esta matéria, de forma integral*) a dois ou três comentários ao Código Penal e à compilação de alguma legislação que me permitiu tomar partido pela tese da inexistência de crime de furto e pedir, conseqüentemente, a absolvição do arguido (*conseguida apenas com base no princípio “in dubio pro reo”*).

Estavam lançadas as bases para a elaboração de um artigo doutrinário por parte do meu colega Rogério Gomes Osório (*citado mais adiante*), em face da sua permanente ligação ao mundo académico, resultado de um estudo com um maior grau de problematização, que muito me foi útil no desenvolvimento de argumentação que viria a ser utilizada em outros processos judiciais da mesma natureza.

O aludido artigo, talvez por causar uma ruptura com a concepção *jus naturalista* da maioria dos juristas, enquanto cidadãos, muita celeuma causou e foi criticado, de uma forma injusta e sem argumentos sólidos, a meu ver, por

um acórdão de um Tribunal Superior, na sequência de um recurso por mim interposto.

Os argumentos elencados naquele aresto me obrigaram a reflectir, a ponderar e a estudar, cada vez mais, culminando com a apresentação de um novo recurso e com a elaboração deste artigo que me propus escrever. Este trabalho, do meu ponto de vista, deve ser encarado como complementar ao elaborado pelo meu colega Rogério Gomes Osório, pioneiro acerca desta matéria.

Em primeira mão começarei por admitir a existência de um “crime de furto de água” e as dificuldades probatórias existentes relativamente ao mesmo. Depois, centrar-me-ei na análise dos elementos exigidos pelo tipo legal previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal. Tentarei, ainda, tecer algumas considerações acerca dos problemas relativos à legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal, no caso de se admitir a existência de um “crime de furto de água” e concluirei, por fim, avançando com algumas reflexões acerca dos modos possíveis para tutelar este tipo de condutas ilícitas, em termos de direito constituído e a constituir.

II. A existência de um crime de furto e as dificuldades probatórias inerentes ao mesmo

Da experiência que tenho tido na participação de julgamentos acerca desta matéria, o Tribunal tem-se deparado com alguma dificuldade no que concerne à prova da autoria da ligação directa, principalmente nos casos em que não se consegue determinar exactamente quem vive no imóvel em que existe aquela instalação, não se sabe há quanto tempo determinada pessoa vive, não se sabe há quanto tempo se encontra aquela ligação directa (*o que também poderá ter implicações na quantidade de água subtraída*) ou, ainda, não se sabe qual das pessoas montou a ligação directa ou quem tinha conhecimento daquela ligação.

Tais questões têm sido, a meu ver, bem resolvidas em função do caso concreto e com recurso à apreciação da prova segundo as regras da

experiência e a livre convicção do Tribunal (*artigo 127.º, do Código de Processo Penal*).

O que parece não estar a ser objecto de grandes reflexões por parte do Tribunal são os factos relativos à propriedade da água ou, pelo menos, ao seu legítimo possuidor/detentor. O Tribunal, nos casos em que me pude aperceber, tem dado como assente a propriedade da água, cometendo um erro, do meu ponto de vista (*talvez decorrente da actuação do Ministério Público – diga-se, em abono da verdade*), como se de facto notório se tratasse, isento até de ónus de alegação. Não me parece que deva ser assim. Se em outras situações de furto é preciso fazer prova do direito de propriedade ou de uma relação dominial sobre a coisa (*na menos exigente das concepções do bem jurídico protegido*) até para efeitos da legitimidade na apresentação de queixa, não entendemos a postura mais flexível adoptada na situação em análise. Condenar alguém por furto de água sem se dar como provado a propriedade da água ou a “relação dominial sobre a mesma” conduz, a meu ver, ao vício previsto no artigo 410.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, já que a matéria de facto provada é insuficiente para a decisão condenatória.

Outro ponto em que não se têm levantado grandes questões se prende com a existência da apresentação de estimativas de consumo. Neste âmbito, pelo que me tenho apercebido, o Tribunal tem-se bastado com a explicação apresentada por um funcionário do queixoso. Mal a meu ver!¹

Nesse âmbito entendo que, em termos penais, não é admissível considerar qualquer estimativa.

O tipo legal de crime exige a subtracção, que pode ser traduzida por uma ruptura da detenção originária e da constituição de uma nova detenção. Perfilhando, no que concerne ao momento em que se dá a subtracção e, consequentemente, a consumação do crime, a “teoria da apreensão” (*que exige*

¹ Realço, quanto a este aspecto, que não conheço qualquer decisão em que seja elucidado o juízo crítico feito relativamente a esse tipo de testemunho, o que impede a percepção do raciocínio que permite dar como provada a estimativa de consumo feita pelo município, conduzindo a inobservância do artigo 374.º, n.º 2, e, consequentemente, à nulidade processual prevista no artigo 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Penal.

que a coisa seja colocada sob o controle de facto e exclusivo do novo detentor, que seja apreendida pelo agente), poder-nos-emos questionar em que momento se dá a consumação do crime de “furto de água”. Ou seja, se é no momento em que a ligação directa é feita, se é no momento em que cada uma das torneiras é aberta, ou se é, finalmente, no momento em que a água é acondicionada num recipiente não ligado ao solo.

Nunca vi nenhuma sentença abordar esta questão e desconheço, pelo que vou ouvindo aqui e acolá, que tal prática tenha vindo a ser adoptada. Não tenciono, no presente trabalho apresentar uma resposta assertiva e definitiva sobre tal problema (*tendo naturalmente em consideração o conteúdo global do presente artigo*), mas, a meu ver, tenderia a considerar (*parecendo minimamente coerente com o raciocínio que será exposto adiante*) que concretizar-se-ia no momento em que a água fosse acondicionada num recipiente não ligado ao solo e só havendo uma efectiva apropriação (*elemento não exigido pelo tipo*) com o seu consumo efectivo.

No entanto, penso ser possível afirmar: Não haverá “apreensão da coisa” só com a montagem da ligação directa.

Pois bem! Se partirmos da última premissa, forçosamente teremos que concluir que existirá um crime consumado sempre que o agente acondicionar a água em um recipiente não ligado ao solo ou, pelo menos, sempre que o agente abrir cada uma das torneiras. Pelo que existirão tantos crimes quantas vezes o agente optar por praticar cada uma daquelas condutas, face ao entendimento que se venha a adoptar quando a esta matéria (*sem prejuízo, naturalmente, de poder vir a ser ponderada a subsunção desse número concreto de condutas à figura do crime continuado prevista no artigo 30.º, n.º 2, do Código Penal*).

Assim, a prova da instalação da ligação directa, não fazendo parte da previsão legal do artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, não bastará para afirmar, segundo as regras da experiência comum (*artigo 127.º do Código de Processo Penal*) que existiu uma subtracção, pois seria necessário provar, a meu ver, que o arguido adoptou as condutas acima elencadas,

consubstanciando, cada uma delas uma resolução criminosa autónoma (*e não olvidamos que se trata de uma prova diabólica*).

De acordo com o raciocínio exposto, entendo que, ao fazê-lo, o Tribunal só poderá, na quase totalidade dos casos, condenar o arguido pela prática de um crime de furto na sua forma tentada.

Naturalmente que esta última conclusão pressupõe que se parta da premissa que a montagem da ligação directa é um acto de execução, pois se considerarmos que se trata de um acto preparatório, tal condenação não poderia, por esta via, operar (*artigo 21.º do Código Penal*).

Claro está que, se considerarmos (*não me choca*) que a montagem da ligação directa é um acto de execução (*o primeiro na cadeia de acção e eventualmente subsumível ao artigo 22.º, n.º 2, alínea c), do Código Penal*), e que a abertura da torneira seria outro acto de execução (*o segundo e eventualmente subsumível ao artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal*), isso faria que os crimes subsequentes só iniciariam numa fase posterior (*solução que não revela qualquer problema, a meu ver*)².

No entanto, os problemas elencados principalmente no que concerne, na minha opinião, à impossibilidade prática (*quase certa ou pelo menos maioritária*) de alguém, na situação em análise, poder vir a ser legitimamente condenado pela prática de um crime de furto, previsto e punível pelo artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, advêm de uma questão a montante: o legislador não pensou em tal situação quando criou a norma. Ou, de outro modo, a acção factual que compreenda a instalação de uma ligação directa de abastecimento de água não é subsumível àquela previsão legal.

III. Da subsunção dos factos relativos à instalação de uma ligação directa de abastecimento de água ao crime de furto

² Pense-se num tóxico dependente que pratica um furto qualificado por arrombamento num dia, e leva o que consegue, e no outro dia repara que a casa ainda está desocupada e, aproveitando-se que a porta já está arrombada, decide ir buscar mais “qualquer coisinha”.

Centremo-nos, agora, na análise nos requisitos exigidos pelo tipo legal de furto.

Prevê o artigo 203.º, n.º 1 do Código Penal: “*Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*”

São elementos do tipo:

1. A intenção de apropriação, para si ou para outrem, (dolo);
2. A subtracção;
3. A natureza móvel da coisa; e
4. O carácter alheio da coisa;

a) Do carácter móvel da coisa:

Comecemos por analisar o carácter móvel ou imóvel da água, conceito indeterminado que, a nosso ver, deverá ser integrado pela lei civil, no respeito pelo artigo 9.º do Código Civil, concretamente no respeito pela “unidade do sistema jurídico”.

Perfilhando a opinião do Professor Faria Costa³, não posso concordar, pelas razões *infra*, que o conceito de coisa móvel deve ser diverso e até mais amplo do utilizado no artigo 205.º do Código Civil⁴.

Entendo, neste âmbito, ser pertinente chamar à colação as reflexões do Professor Baptista Machado acerca das regras de interpretação das normas, neste aspecto quanto **ao elemento lógico, concretamente relativo ao**

³Referindo que a “noção comum”, desse conceito indeterminado, “*tem de confrontada com as qualificações que nos dá a disciplina dos direitos reais*” (in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, anotação ao artigo 203.º, páginas 40 e 41, § 47, Coimbra, 1999, Coimbra Editora*).

⁴Opinião manifestada, por exemplo, por Paulo Pinto de Albuquerque (in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª edição actualizada, anotação ao artigo 203.º, página 629, ponto 6, Lisboa, 2010, Universidade Católica Editora*), com a qual não se pode concordar, ao referir que o conceito móvel não se pode confundir com a noção civilística diversamente e de forma contraditória da natureza alheia que deverá ser integrado pela lei civil (in *obra citada, anotação ao artigo 203.º, página 630, ponto 14*) não se compreendendo o diferente e arbitrário (pois *nenhuma fundamentação de relevo é apresentada*) critério entre os meios de interpretação dos dois elementos objectivos do tipo em apreciação.

elemento sistemático, que se manifesta através do contexto da lei e dos lugares paralelos.

O elemento sistemático, nas palavras do “Mestre” da interpretação compreenderá a *«consideração das outras disposições que formam o complexo normativo do instituto que se integra a norma interpretanda, isto é, que regulam a mesma matéria (contexto de lei), assim como a consideração de disposições legais que regulam problemas normativos paralelos ou institutos afins (lugares paralelos). Compreende ainda o “lugar sistemático” que compete à norma interpretanda no ordenamento global, assim como a sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico»*⁵. Tal autor acrescenta, ainda, que tal elemento interpretativo baseia-se no *«postulado da coerência intrínseca do ordenamento, designadamente no facto de que as normas contidas numa codificação obedecem por princípio a um pensamento unitário»*⁶.

Por fim, e quanto ao recurso aos lugares paralelos o ilustre professor chama atenção que por vezes uma determinada questão idêntica é tratada pelo legislador em diferentes lugares do sistema, mas *«sucede com frequência que num desses lugares a fórmula legislativa emerge de forma mais clara e explícita»*⁷.

Regressemos à análise da lei.

O crime de furto está inserido no Título II, da Parte Especial, do Código Penal, cuja epígrafe é: “Dos crimes contra o património”.

No capítulo I, o legislador criou um artigo (*artigo 202.º*), que têm como epígrafe “definições legais”, que consubstancia uma importante ferramenta na interpretação das normas que constam desse título e que contém conceitos indeterminados, nessa norma definidos (*v.g. o conceito de “chaves falsas” em que o legislador estende a situações em que a chave é verdadeira mas é utilizada por quem não esteja legitimado a tal acção*).

⁵ *In Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16ª reimpressão, Almedina, pág. 183.

⁶ *In ob. citada*, pág. 183.

⁷ *In ob. citada*, pág. 183.

Tal solução também foi encontrada noutro “lugar paralelo”, concretamente através da criação do artigo 255.º, previsto no Título IV (*Dos crimes contra a vida em sociedade*), Capítulo II (*Dos crimes de falsificação*).

Ora, da análise dos dois títulos é possível perceber que sempre que o legislador achou necessário introduzir novas interpretações legais a dar a conceitos indeterminados, o fez. Assim foi no lugar sistemático em que o tipo de furto está inserido, como o fez no capítulo relativo aos crimes de falsificação. Portanto, se o legislador não criou um conceito próprio para coisa móvel para efeitos penais, como fez nas citadas normas excepcionais, *a contrario sensu* podemos concluir que foi porque não o quis.

Se o legislador não quis estabelecer um conceito próprio, não é o poder judicial que o deverá fazer, procedendo à construção de um novo conceito de coisa móvel. Tal possibilidade, a meu ver, lhe está subtraída, sob pena de violar o Princípio da Tipicidade (*vertente material do Princípio da Legalidade*).

Não cabe ao intérprete aplicador do direito, do meu ponto de vista, construir conceitos novos que já vêm consagrados na lei. Tal entendimento colidiria, desde logo, com o teor do artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, que impõe ao julgador que reconstitua o pensamento legislativo “*a partir dos textos*”, “*tendo sobretudo em conta unidade do sistema jurídico*”.

Logo entendo que o Tribunal, no seu processo interpretativo de delimitação do conceito indeterminado de coisa móvel previsto do artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, não pode afastar a sua classificação nos termos do Código Civil, criando, assim, um novo conceito que extravasa o âmbito da interpretação, roçando a analogia (*analogia iuris*), o que é manifestamente proibido pelo artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal.

Parece não haver dúvidas que o problema em questão se prende com uma conceitualização extra-penal utilizada pelo legislador penal. Todavia, essa conceitualização não puramente acessória (*situação que será permitida, no entendimento do Professor Figueiredo Dias*⁸), ou seja, que desencadeia

⁸ *In* Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, página 192, § 28.

directamente a incriminação, não admite o recurso à analogia, sob pena de violar em última instância, o artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Entendendo não haver razões legítimas, fundamentadas e permitidas para afastar o recurso à noção civilística, nos dediquemos, agora à análise das normas civis.

A noção de coisa vem prevista no artigo 202.º, n.º 1, do Código Civil, compreendendo tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas (*o que parece não excluir a possibilidade da existência de coisa incorpóreas*). Por sua vez o artigo 203.º daquele diploma codificado procede à classificação das coisas, mormente quanto ao carácter da mobilidade separando-as entre imóveis e moveis.

Nos artigos 204.º e 205.º o legislador civil distingue as coisas imóveis e móveis, sem que, contudo, construa uma definição capaz de as diferenciar. Assim, segundo os Professores Pires de Lima e Antunes Varela⁹ o “*legislador não formula o conceito de coisas imóveis e móveis. Limita-se a fazer, no artigo 204.º, uma enumeração das coisas que engloba na primeira categoria, considerando móveis, por contraposição ou por via negativa, todas as demais (art. 205.º)*” explicam aqueles autores citando os trabalhos preparatórios do Código Civil que a razão inerente a tal opção se deveu ao facto de que era “*difícil definir rigorosamente qualquer das duas categorias e, por isso, as legislações têm fugido à formulação de conceitos. Aquelas palavras andavam evidentemente ligadas à ideia de que as coisas podem ou não ser transportadas de um lugar para o outro (...) Todavia, esta concepção, puramente física, não basta para o direito. Há uma necessidade de integrar, para muitos efeitos jurídicos, numa ou noutra categoria, coisas que fisicamente não são imóveis nem móveis, como os direitos, e, de uma maneira geral, as coisas imateriais, não corpóreas. Daí a tendência justificável das legislações para fazer, de preferência, uma enumeração das coisas imóveis sem, no conjunto as definir*”.

⁹ *In Código Civil Anotado, Volume I*, 4.ª Edição Revista e Actualizada, anotação ao artigo 204.º, páginas 194 e 195, ponto 2, Coimbra, 1987, Coimbra Editora.

Ora, analisado o teor no artigo 204.º do Código Civil, encontramos, no seu número 1, alínea b), as águas, razão pela qual entendemos que não poderá ser visto como coisa móvel, já que, de acordo com o artigo 205.º daquele diploma, móveis serão “*todas as coisas não compreendidas no artigo anterior.*”

Quanto à questão concreta das águas os Professores Pires de Lima e Antunes Varela¹⁰, referindo que estas formam a segunda categoria dos imóveis, esclarecem que fica afastada a questão controvertida no domínio do Código de Seabra, sobre a natureza mobiliária ou imobiliária das águas. Mais esclarecem, os ilustres autores, que enquanto “*não forem desintegradas da propriedade superficiária, por ou negócio jurídico, as águas são partes componentes dos respectivos prédios, tal como a terra, as pedras, etc.. Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, de per si, imóveis*” (*tal posição doutrinal não é, todavia, pacífica, como será analisado “infra”*).

Assim, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e às razões, fundadamente justificadas, apontadas quanto à técnica adoptada pelo legislador civil, ao não adoptar um critério totalmente equivalente com as regras da física entendemos que o critério utilizado para preencher o conceito de coisa móvel previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal deverá ser o previsto no Código Civil, não havendo nenhuma razão, na jurisprudência ou na doutrina, rigorosamente fundamentada, como *infra* analisar-se-á, para afastar tal entendimento.

Acresce, ainda, que o próprio legislador penal considerou as águas como bem imóvel, ao punir, como usurpação de coisa imóvel, o desvio ou represa de águas nas condições previstas no n.º 2, com recurso aos meios previstos no n.º 1, ambos do artigo 215.º do Código Penal.

Entendemos, assim, que o legislador penal, presumindo que consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, recorrendo ao carácter imóvel das águas, nos termos da lei civil, resolveu tutelá-las como bem imóvel, nos termos do artigo 215.º e não como bem móvel, nos termos do artigo 203.º, ambos do Código Penal.

¹⁰ *In ob. citada, anotação ao artigo 204.º, página 196, ponto 4.*

A tese por mim defendida não foi acolhida pelo Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 26 de Outubro 2016, relatado pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Manuel Soares, no âmbito do processo número 149/14.2TAMAI.P2¹¹, que apreciou um recurso por mim interposto.

Sucede que tal aresto, em minha opinião, socorreu-se de argumentos nada convincentes, razão pela qual impõe-se proceder a uma análise crítica dos mesmos. Para tanto recorrerei, necessariamente, tal como tenho tentado fazer, à hermenêutica jurídica e ao que aquele acórdão chama de “tecnicismos jurídicos”, pois entendo ser a forma mais científica e mais rigorosa para o contrariar.

Em meu entender, a jurisprudência emanada por aquele Tribunal caiu num erro inicial (*que não é a vontade de condenar o arguido a qualquer preço, diga-se em abono da verdade, até porque este foi absolvido por subsunção jurídica ao artigo 207.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal, e conseqüente falta de legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal*): a necessidade de encontrar uma tutela penal, a todo custo, para a utilização abusiva de água.

A propósito do carácter imóvel ou móvel da água, referiu o Tribunal da Relação:

“O artigo 204º nº 1 al. b) do Código Civil (CC) qualifica “as águas” como coisa imóvel. Ao contrário do que acontece com as árvores, arbustos e frutos naturais, que o mesmo preceito autonomiza como coisas móveis quando deixam de estar ligadas ao solo (al. c) a contrario sensu), não há norma que dê diferente natureza jurídica à água, mesmo quando dividida e separada da sua unidade de origem. Ou seja, no limite, de acordo com esta interpretação, a água que tiramos da torneira e bebemos pelo copo será juridicamente uma coisa imóvel, porque tudo o que não é imóvel, é móvel: artigo 205º nº 1 do CC.

¹¹ Única decisão, por mim conhecida, publicada integralmente sobre esta matéria, (*in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd?0e6e3ead4342892a8025806f00409546?OpenDocument>), para além das duas decisões sumariadas nos Boletins do Ministério Justiça. n.ºs 332 e 388, relativamente a acórdãos proferidos, respectivamente, em 23 de Novembro de 1983, pelo Tribunal da Relação de Coimbra, e em 14 de Julho de 1989, pelo Tribunal da Relação do Porto (*ambos admitindo que uma certa quantidade de água deve ser considerada como coisa móvel*).

Porém, como sabemos, a água, que é um bem da natureza, passível de utilização e transformação nas não de criação humana, pode ser dividida e destacada da unidade de que fazia parte e ser objecto de relações jurídicas às quais não se adequa minimamente o regime legal relativo à constituição e transmissão de direitos sobre coisas imóveis. Certamente ninguém deixaria de considerar absurdo que os negócios de transmissão de direitos sobre a água que está engarrafada para consumo humano estivessem sujeitos às exigências de forma de celebração de escritura pública ou documento particular autenticado. Esta dificuldade decorre do facto de as normas do direito civil que regulam a propriedade e utilização das águas particulares como bens imóveis (artigos 1385º e seguintes) e das do direito administrativo que regulam a titularidade e utilização das águas do domínio público (sobretudo as Leis 54/2005, de 15NOV e 58/2005, de 29DEZ), estarem concebidas para as águas que nascem, correm ou se depositam no solo, provenientes de nascentes ou da chuva e para as águas dos oceanos e não para porções de água individualizadas que são todos os dias objecto de relações jurídicas ou de facto.

Diz o Ministério Público no recurso que a norma penal que define o furto usa o conceito de coisa móvel com o sentido que lhe é dado pela lei civil. Por um lado porque quando o legislador penal quis definir conceitos de forma diferente do que resultaria da aplicação da lei civil, o fez expressamente (por exemplo nos artigos 202º e 255º do CP) e por outro lado porque atribuiu expressamente natureza de coisa imóvel à água, ao tutelar a propriedade sobre este bem com uma incriminação específica (artigo 215º nº 2 do CP). Qualquer destes argumentos não é decisivo.

Dizer que o conceito de coisa móvel previsto na incriminação do furto é o que está previsto na lei civil, de forma completamente desligada daquilo que é a percepção comum sobre o significado dessa expressão, cria dificuldades inaceitáveis. Nas situações de fronteira, em que os próprios juristas civis não se entendem sobre a qualificação de certa coisa como móvel ou imóvel, ou em que a sua qualificação civil não coincide minimamente com o seu significado comum (e aqui estamos a referir-nos, por exemplo, à água autonomizada em partes que podem ser objecto de comércio jurídico), seria absurdo concluir que

o legislador criou uma norma penal cujo conhecimento da ilicitude ou dos elementos objectivos do tipo exigisse uma licenciatura em direito. A percepção social sobre a ilicitude da subtracção de pinhas arrancadas das árvores ou de areia extraída de uma pedreira não necessita de conhecer a ressalva final da al. c) do n.º 1 do artigo 204.º do CC – que muda a natureza desses bens de imóveis para móveis – para representar que se trata de actos ilícitos de furto. Não pode deixar de ser a essa percepção social que a norma está dirigida, porque ela se destina a regular a vida comum de todas as pessoas; as que têm formação jurídica e as que não têm.

O facto de existir na lei um crime autónomo de usurpação de coisa imóvel, através do desvio ou represamento de águas, também não nos convence. Nada autoriza a concluir que o legislador quis englobar no artigo 215.º n.º 2 do CP todos os actos criminalmente relevantes que tivessem por objecto água. Esta norma está concebida para as águas desviadas ou represadas que estão de alguma forma ligadas ao solo ou ao seu meio natural. Se não fosse assim, ou seja, se pudéssemos concluir que a água da torneira de uma casa – por ser coisa imóvel, na tese do recurso – também estaria incluída nesta incriminação, então poderíamos ter de dizer que o represamento violento dessa água poderia constituir crime de usurpação de coisa imóvel, o que manifestamente cairia fora do âmbito de aplicação previsto para esta norma e seria até absurdo.

Mas a tese de que a água é sempre um bem imóvel para os efeitos da incriminação do furto, levaria a situações ainda mais incompreensíveis e que escapariam ao que é a percepção social sobre a ilicitude do furto. Pensemos, por exemplo, na pessoa que entra nas instalações de uma empresa de engarrafamento de água e se apropria da água já tratada e pronta a ser engarrafada para venda – não falamos dos recipientes mas apenas da água. Ou na pessoa que aproveita a ausência do vizinho e subtrai com uma mangueira a água armazenada no tanque de rega para encher a sua piscina particular. Não haveria aqui crime de furto por as águas são coisas imóveis?

Parece-nos que o significado de coisa móvel que consta na descrição do crime furto não pode ser equiparado em termos absolutos ao conceito de coisa móvel do direito civil.

Aliás, há outros casos em que a doutrina e jurisprudência (embora não de forma unânime, reconhecemos) aceitam que a apropriação é susceptível de integrar o crime de furto, mas em que o objecto dessa apropriação são bens que também não se incluem no conceito civil de coisas móveis. Pensemos, por exemplo, na apropriação de energias mecânicas como a electricidade, que não têm corporeidade mas podem ser consideradas coisas móveis se forem controláveis e quantificáveis – ver por exemplo o acórdão do TRP, de 24SET2009[3].

Na anotação ao artigo 215.º, § 12, do Comentário Conimbricense do Código Penal, considera-se que a separação das águas da massa complexiva ligada a um prédio ou terreno retira o carácter imobiliário às mesmas, passando a ser coisas móveis susceptíveis de crime de furto. Também na anotação ao artigo 203.º, § 48, se considera que coisas - no sentido corrente de objectos corpóreos susceptíveis de deslocação no espaço – que sejam partes integrantes, ou mesmo componentes de coisas imóveis, desde que destacadas e autonomizadas, passam a ser coisas móveis susceptíveis de apropriação para preenchimento do crime de furto.

É também este o nosso entendimento no que respeita à água que corre nas canalizações de abastecimento público. Trata-se de um bem com valor económico, controlável e quantificável, com autonomia em relação ao seu meio de origem, que para efeitos penais se integra no conceito de bem móvel.”

Em primeiro lugar parece existir concordância entre a tese exposta e a defendida naquele acórdão de que o legislador penal, seguindo a linha de raciocínio do legislador civil considerou “alguma água” como bem imóvel, pois no caso contrario não existiria uma conduta tipificada no artigo 215.º, n.º 2, do Código Penal, cuja epígrafe é “Usurpação de coisa imóvel”.

No entanto, considera, aquele Tribunal Superior, se bem interpreto o teor do aresto proferido, que só a água que corre num leito é que seria tutelada por tal preceito penal e como tal só essa seria idónea de ser considerada imóvel. Não sendo a questão principal que me preocupa no momento, tenho tendência a concordar com tal posição assumida, porquanto as palavras

“desviar” e “represar” apontam no sentido de mudança de algo que corre num determinado sentido.

A divergência aparece quanto à restante água e concretamente, quanto àquela que se encontra num circuito de canalização. A jurisprudência em questão recorreu a argumentos como o “significado comum”, e a necessidade de uma licenciatura em direito para compreender o raciocínio exposto no recurso que a originou, **utilizando exemplos práticos que merecem “tutela penal” e concluindo com duas citações doutriniais, sem qualquer análise crítica das mesmas, como se de fonte imediata de direito se tratassem, contrariando o disposto no artigo 1.º do Código Civil.**

Salvo o devido respeito, uma sentença/acórdão não deve fundamentar uma determinada posição por remissão para um determinado comentário doutrinal, que, do nosso ponto de vista carece de fundamentação suficiente como *infra* explicaremos (*nos referimos concretamente ao comentário do Exmo. Sr. Professor José Manuel Damião da Cunha*¹²), ou para outro que não se refere à mesma situação fazendo um raciocínio *mutatis mutandis* contrário à lei¹³.

Tal como foi referido anteriormente, não há dúvidas que as águas ligadas ao solo são consideradas coisa imóvel.

Questionável será, para alguns, se a água depois de separada do solo perde ou não essa característica passando a ser considerada como bem móvel.

De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça em acórdão publicado em Janeiro de 1970, no BMJ, n.º 192, página 243, citado *apud* por Heinrich Ewald Hörster¹⁴ pressuposto “*essencial de uma classificação como coisa imóvel é a incorporação no solo de qualquer edifício ou construção, sendo certo que a base da distinção entre coisas móveis ou imóveis é a circunstância de poderem ou não ser transportadas de um para outro lugar sem se deteriorarem ... A incorporação no solo*

¹² *In Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, anotação ao artigo 215.º, páginas 263 e 264, § 12, Coimbra, 1999, Coimbra Editora.

¹³ Nos referimos concretamente ao comentário do Exmo. Sr. Professor José de Faria Costa in ob. citada, anotação ao artigo 203.º, páginas 41, § 48, Coimbra, 1999, Coimbra Editora.

¹⁴ *In A Parte Geral do Código Civil Português*, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª Reimpressão da Edição de 1992, Almedina, pág.184.

supõem uma ligação material por meio de alicerces ou colunas” referindo-se ao caso concreto das casas desmontáveis atribuindo, assim, a carácter móvel desse tipo de construções (*raciocínio que colide com o conteúdo dos trabalhos preparatórios do Código Civil*).

Aplicado tal raciocínio às águas teríamos de concluir, forçosamente, que a água que corre no leito dos rios seria móvel, por não se deteriorar, contrariando, seguramente, o teor do artigo 204.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil.

Mas outros autores civilistas têm defendido a qualificação das águas como coisa móvel quando “destacadas” do solo. Tal posição foi defendida por José de Oliveira Ascensão, ao qualificar como fruto a água separada de um reservatório¹⁵, por Pedro Pais de Vasconcelos¹⁶ e Mário Tavela Lobo (*talvez o autor que mais tenha escrito em Portugal sobre as águas na vigência do Código Civil de 1966*)¹⁷.

Cumprir referir que, do meu ponto de vista, é questionável se tal raciocínio foi o pretendido pelo legislador. É um facto que é compreensível a tese de que a água destacada do leito dos rios ou do prédio (*em sentido amplo*) em que estava inserida adquiriria natureza de bem móvel. Tal entendimento resolveria a questão colocada pelo Tribunal da Relação do Porto, na jurisprudência *supra* elencada quanto à (in)exigência de forma na transmissão de direitos reais. Neste âmbito, compreende-se, igualmente, a tese do Professor Oliveira Ascensão¹⁸ ao dar o mesmo enquadramento dos frutos relativamente às parcelas de água. Todavia, entendemos que tais entendimentos colidiriam desde logo com a letra da lei¹⁹.

De acordo com o artigo 204.º do Código Civil, as águas são imóveis como são as árvores os arbustos e os frutos naturais. Sucede que, quanto aos três

¹⁵ *In Direito Civil, Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, pág. 362.

¹⁶ *In Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, 2007, Almedina, pág. 223.

¹⁷ *In Manual do Direito de Águas, Volume I*, 1989, págs. 10 e 12 e Volume II, 2.ª Edição Revista e Ampliada, Coimbra Editora, pág. 476.

¹⁸ *In ob. citada*.

¹⁹ De resto o ponto de partida para da interpretação, como refere João Baptista Machado (*in ob. citada*, pág. 182).

últimos, a natureza imóvel só permanece enquanto estiverem ligados ao solo. Ora, o legislador não impôs o mesmo requisito às águas.

Outra possibilidade seria subsumir a água à previsão legal da alínea e), do aludido artigo entendendo-se que a água é imóvel enquanto parte integrante do prédio. Todavia, este argumento colidiria com o teor do número 3 do artigo 204.º que refere que as partes integrantes são móveis mas ligadas materialmente aos prédios com carácter de permanência. Assim, somos obrigados a afirmar que a água apenas seria considerada como imóvel, enquanto coisa ligada materialmente aos prédios com carácter de permanência se ela fosse *de per si* móvel. Todavia, é o próprio legislador que a qualifica como imóvel.

Até acredito na bondade da doutrina que defende que o carácter imóvel se extinguiria no momento da separação (*tal solução até resolveria, em abono da verdade, uma série de problemas jurídicos apontados pela jurisprudência em análise*). No entanto, não vejo nela uma coerência interpretativa suficiente na conjugação dos preceitos previstos nas alíneas b), c), e), do n.º 1, e no n.º 3 do artigo 204.º do Código Civil.

Em oposição, perfilho o raciocínio de Antunes Varela e Pires de Lima quando referem que enquanto “não forem desintegradas da propriedade superficiária, por negócio jurídico, as águas são partes *componentes* dos respectivos prédios, tal como a terra, as pedras, etc.. Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, *de per si*, imóveis”²⁰.

Assim, concluindo que só as coisas móveis podem ser consideradas qualificadas como partes integrantes, reforça a posição, por mim defendida, de que a água continua sendo imóvel após a sua separação, já que antes seria

²⁰ Considerando o conceito de “desintegrada” como separada ou destacada do solo. Neste âmbito, é preciso não confundir a noção de parte “componente” e parte “integrante”. A meu ver, embora o legislador não os tenha definido (*deixando o preenchimento do conceito em termos linguísticos*), estabeleceu diferenças entre os conceitos de “parte componente” e “parte integrante” (*v.g. artigos 408.º, n.º 2, 880.º, n.º 1, e 1337.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil – atribuindo direitos diferentes já que as partes componentes podem ser objecto de direitos reais – artigos 1377.º, alínea a), 1524 e 1528.º, todos do Código Civil*). Acresce, ainda, que as partes integrantes são *de per si* móveis, mas as partes componentes podem ser móveis (*caso das terras e pedras*) ou imóveis (*caso da águas e das árvores arbustos e frutos, estes três últimos quando estiverem ligados ao solo*).

parte componente (*e não integrante*) do prédio onde estaria inserida (*artigo 204.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil*).

Mas, não se perfilhando a tese defendida urge responder se a água canalizada se separa, ou não do solo?

Tem sido entendimento pacífico na doutrina, segundo Mário Tavarela Lobo²¹, de que os “*meios de contenção e condução de água, naturais ou artificiais, sempre que se liguem materialmente ao solo com caracter de permanência*” têm natureza imobiliária, enquanto “*partes integrantes do prédio ao qual prestam o serviço que lhes é inerente ou específico*”. Tal entendimento, a nosso ver, tem acolhimento legal expresso no já outrora citado artigo 204.º, n.º 1, alínea e) e n.º 3, do Código Civil.

Assim, se defendermos o entendimento de que a água só mantém o seu carácter imobiliário enquanto estiver ligada ao solo (*entendimento que em termos de direito constituído tenho muita dificuldade em aceitar*), cumpre-nos questionar o momento em que aquela sai do solo.

Como foi referido parece unânime que o sistema de canalização, desde que ligado ao solo com carácter de permanência, é parte integrante do prédio (*artigo 204.º, n.º 3, do Código Civil*) e consequentemente considerada imóvel (*artigo 204.º, n.º 1, e), do Código Civil*), assim como serão os reservatórios. A ser assim, temos que concluir, forçosamente, que a água que se encontra parada nos reservatórios, bem como a que se movimenta através do sistema de canalização tem que ser considerada imóvel. Pois se a água que se move através do leito dos rios, que se encontra no solo, é imóvel, também será a água que se move através do sistema de canalização, que se encontra também no solo (*sistema que é considerado imóvel como parte integrante*).

Tal raciocínio que, do meu ponto de vista, tem que ser considerado por quem defenda que a água só mantém o seu carácter imobiliário enquanto ligada ao solo, conduz necessariamente à seguinte conclusão: só com a retirada de uma certa quantidade de água, seja do reservatório ou do sistema

²¹ *In ob. citada, Volume I, páginas 9 e 14.*

de canalização é que a água ganha o seu carácter mobiliário, pelo que até esse momento é coisa imóvel.

Enquanto coisa imóvel a “propriedade” inerente não pode ser tutelada pelo crime de furto, uma vez que não está preenchido o requisito mobiliário que o artigo 203.º, n.º 1 exige. A característica mobiliária da água (*no raciocínio que se pretende expor*) só surge depois de uma actuação do agente.

Ora, entendo, ao contrário do entendimento de Carlos Alegre citado *apud* por José António Barreiros²², que o agente não poderá ser punido por uma acção que se reflecte num objecto que só adquire a característica idónea a preencher o tipo após a consumação do “crime” (*possibilidade que colidiria, necessariamente com a punibilidade da tentativa no caso do crime de furto – artigo 203.º, n.º 2, do Código Penal*). De outro modo, o nascimento daquela característica não pode ser superveniente à acção do agente e existir por acto voluntário deste²³.

Assim, numa situação em que o Tribunal consiga provar que uma pessoa subtraiu uma determinada quantidade de água que se encontrava no sistema de canalização da sua casa, em virtude deste ter sido inundado pela água que corria no sistema público de canalização, decorrente da instalação de uma ligação directa, tal situação não poderá ditar uma condenação. Isto porque, essa água, a meu ver, continuará a manter o seu carácter imóvel, quanto mais não seja, por correr no sistema de canalização, que se encontra integrado no solo, só podendo perder a sua natureza imobiliária depois de acondicionada em um reservatório que não esteja ligado ao solo com carácter de permanência (*ex: bacias, garrafas e copos*). No caso de a água sair da torneira e voltar a entrar no sistema de captação de águas residuais, tenho muitas dúvidas que se possa sustentar que a água adquire natureza móvel.

²² *In Crimes Contra o Património*, 1996, Lisboa, Universidade, Lusíada, página 27.

²³ Ex: Um agente que provoca a morte de um feto não pratica o crime de homicídio previsto e punível pelo artigo 131.º do Código Penal, mas o crime de aborto, previsto e punível pelo artigo 140.º do Código Penal.

Pelo raciocínio exposto, entendo que, através de vários caminhos temos que concluir que não existem argumentos suficientes elencados pelo Tribunal da Relação do Porto para afastar a natureza imobiliária da água.

b) Do carácter alheio da coisa:

Outro dos elementos necessários ao preenchimento do crime de furto é o carácter alheio da coisa. Significa, assim, que não podem ser objecto do crime de furto as coisas que não sejam de outrem. Na maioria dos casos, as coisas que são alheias não são próprias. Todavia, há casos em que as coisas não são próprias, mas também não são alheias. Nas palavras de José de Faria Costa²⁴ «nem todo o universo das coisas não próprias tem o carácter alheio. Estão indubitavelmente neste campo todas as *communes omnium* ou aquelas que não pertencem a ninguém (“*res nullius*”). O que faz, bom é de ver, que a apropriação de coisas pertencente aos dois universos que por último enunciamos (“*res communes omnium*” e “*res nullius*”) não preenche o crime de furto porque, justamente, tal conduta intencional se não objectiva em coisa alheia».

Tal como referi, relativamente ao conceito de coisa móvel, entendo que o conceito indeterminado de coisa alheia deverá ser integrado pelas regras do direito civil²⁵.

Esclarece o artigo 202.º, n.º 2, do Código Civil que consideram-se fora do comércio “todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação”.

De acordo com o artigo 84.º da Constituição da República Portuguesa, pertencem ao domínio público as “águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos”.

²⁴ In ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 41, § 49.

²⁵ Raciocínio também defendido por Teresa Pizarro Belezza (in “*Direito Penal, 2.º Volume*”, reimpressão 2003, Lisboa, AAFDL, página 170) e por Paulo Pinto de Albuquerque (in obra citada, anotação ao artigo 203.º, página 630, ponto 14)

Nessa senda, de modo a concretizar a norma paramétrica citada, múltipla legislação tem sido aprovada de modo a definir a titularidade e exploração dos recursos hídricos, citada, diríamos, de forma exaustiva no artigo escrito por Rogério Gomes Osório²⁶, que seguimos de perto.

A Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro estabelece a titularidade dos recursos hídricos. De acordo com o seu artigo 2.º, o domínio público hídrico compreende o domínio público lacustre e fluvial. De acordo com o artigo 6.º o domínio público lacustre e fluvial pertence ao Estado (*já que se situa em território continental e não se situa exclusivamente na área de um município*).

A mesma lei estabelece a possibilidade de existirem águas patrimoniais e águas particulares (*artigo 18.º*). As águas patrimoniais serão os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público, podendo, dessa maneira, ser objecto do comércio jurídico privado e sendo, então, regulados pela lei civil (*artigo 18.º, n.º 1*). Os recursos hídricos patrimoniais, se pertencerem a entes privados são designados como recursos hídricos particulares (*artigo 18.º, n.º 2*), sendo, em regra, os que sejam caracterizados pela lei civil e não devam considerar-se integrados no domínio público (*artigo 18.º, n.º 3*).

É por fazer parte do domínio público que o Estado, não procedendo a uma desafecção, não pode vender a água dos rios mas poderá, enquanto meio de gestão, concessionar a utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público, de acordo com a Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro. Segundo o artigo 59.º, n.º 1, da aludida lei, considera-se utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público “*aquela em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo*”.

O n.º 2 do referido preceito estabelece que o “*direito de utilização privativa de domínio público só pode ser atribuído por licença ou por concessão qualquer que seja a natureza e a forma jurídica do seu titular, não podendo ser adquirido por usucapião ou por qualquer outro título*”. Por sua vez, o artigo 61.º, n.º 1, alínea a),

²⁶ O crime de furto – um contributo para a análise de uma nova realidade” (*in Revista da Ordem dos Advogados. – Ano 75 (Jul. / Dez. 2015) e in http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/roge_riosoosorio_crimefurto.pdf*).

da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, refere que a captação de água para abastecimento público está sujeita a concessão, que não pode ultrapassar os setenta e cinco anos (*artigo 68.º, n.º 6*), não se prevendo, como não podia deixar de ser, que a propriedade da água passe para a esfera jurídica do concessionário.

À mesma conclusão se chega da análise da Lei dos Serviços Públicos, aprovada pela Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (*que, no artigo 1.º, n.º 2, alínea a*), faz alusão ao fornecimento de água e não venda de água), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto (*que regula os serviços municipais de abastecimento público de água, saneamento e resíduos urbanos*), do já revogado Decreto-Lei n.º 70/90, de 2 de Março, do Decreto-Lei n.º 23/95, de 23 de Agosto, do Decreto-Lei n.º 306/2007, de 27 de Agosto e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio.

Assim, tendo em conta que os sistemas de abastecimento municipal são provenientes da captação da água dos rios, entendo que os municípios, de acordo com o enquadramento legal vigente, não adquirem, nem podem adquirir, água às empresas que fazem a captação desta, mas, ao invés, apenas utilizam o serviço de tratamento de água que é disponibilizado pelas empresas concessionárias que procedem à captação e tratamento daquela, ficando, naturalmente, essa quantidade de água armazenada em cisternas²⁷.

Os municípios não procedem ao pagamento por aquisição da água, mas pela utilização de uma certa quantidade de água já tratada, sendo esse o serviço prestado pela empresa concessionária, que possibilita, posteriormente, que a respectiva autarquia local possa prestar o serviço de distribuição aos munícipes, repercutindo neles, através do pagamento de uma

²⁷ Discordando, novamente, com Paulo Pinto de Albuquerque que apesar de considerar a água dos rios como *res commune omnium* considera alheia a que fica guardada em cisternas (*In ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 631, ponto 14, citando José António Barreiros in Crimes Contra o Património, página 31, Universidade Lusitana, Lisboa, 1996*), pelo facto de entender que a “relação dominial” dependerá de um direito de propriedade inerente. Note-se, a título de exemplo que o legislador tipificou a acção relativa à subtracção de cadáver, no tipo previsto no artigo 254.º do Código Penal, em virtude de, apesar de estar no domínio da família, ser, pela sua natureza insusceptível de apropriação individual nos termos do artigo 202.º, n.º 2, do Código Civil.

taxa, os custos inerentes a essa distribuição, e de acordo com a quantidade, por cada um, consumida.

Pelos argumentos expostos, entendo não estar preenchido, também, o carácter alheio da coisa, razão pela qual não estão preenchidos, a meu ver, os elementos objectivos do crime de furto.

Essa conclusão não foi sufragada, também, pelo já citado acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Todavia, manifesto, mais uma vez, a minha discordância com o raciocínio ali exposto, quanto a este aspecto, pelas razões *infra*.

Parece evidente, do meu ponto de vista, que **o bem jurídico protegido** pelo tipo incriminador do artigo 203.º é a **propriedade**. Tal conclusão se alcança tendo presente o capítulo em que está inserido: “Capítulo II, Dos crimes contra a propriedade”.

A jurisprudência analisada admite que, nem o Estado, no sentido estrito do direito civil, nem a empresa que faz a captação, nem o Município da Maia (“*ofendido*” *naqueles autos*), têm a propriedade da água.

Todavia, entende que a utilização sem contrapartida por um munícipe tem que ser tutelada em termos penais.

Com efeito, José de Faria Costa²⁸ vem estender o bem jurídico à “especial relação de facto sobre a coisa”, razão pela qual parece-me que diga, também, que será alheia, “*toda a coisa que esteja ligada, por uma relação de interesse, a uma pessoa diferente daquela que pratica a infracção*”²⁹. Contudo, mais uma vez a jurisprudência em questão peca por insuficiência de fundamentação remetendo para um comentário doutrinário como se de fonte imediata de direito se tratasse (*repita-se violando o artigo 1.º do Código Civil*), já que não explica o raciocínio que é feito em termos interpretativos para chegar à mesma conclusão do ilustre académico.

²⁸ *In ob. citada*, anotação ao artigo 203.º, página 30, § 21

²⁹ *In ob. citada*, anotação ao artigo 203.º, página 41, § 49

Ainda que admitamos (*tendo em conta a elasticidade do direito de propriedade*) que se possa estender a tutela, mormente no que concerne ao direito de apresentação de queixa, ao detentor e/ou ao usufrutuário da coisa, e, desse modo, proteger outros “direitos reais” para além da propriedade, penso que teremos que concluir, forçosamente, que essa protecção terá a sua génese na propriedade (*o verdadeiro bem jurídico protegido pela norma*) e que, sem a existência dela, jamais os outros direitos serão passíveis de protecção. Assim, se partimos da premissa de que a água faz parte do domínio público, ou, como diz o citado aresto, que a água não é “propriedade do Estado, com o sentido estrito do direito civil”, entendo não cair no âmbito de protecção da norma a simples detenção ou usufruto³⁰ uma vez que estão desacompanhados do verdadeiro bem jurídico protegido pelo tipo incriminador.

Contudo, cumpre realçar que me parece que o Tribunal da Relação do Porto estendeu em demasia o âmbito do direito do usufruto que é estabelecido, através do contrato de concessão, a favor da empresa que, naquela situação factual em apreciação, faz a extracção da água. Parece, da análise artigo 59.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que o usufruto em questão é circunscrito à exclusividade na captação da água e no proveito económico que daí pode tirar no fornecimento de água e nada mais.

Deste modo, continuo a afirmar que um agente que procede à instalação de uma ligação directa de fornecimento de água, abre uma torneira e acondiciona uma certa quantidade de água num recipiente não ligado ao solo, não cometerá o crime de furto previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, uma vez que, como a água pertence ao domínio público, não está preenchido o conceito de coisa alheia³¹.

³⁰ Concordando com Sandra Cristina Pereira Guerreiro (*in “A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo” página 247, artigo inserido na obra “Direito da Água”, publicada pela Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa disponível em formato “e-book” no “link” https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/ftles/curso_tecnico_3.pdf*), quando qualifica o direito resultante do contrato de concessão como usufruto, ainda que subordinado às regras do direito administrativo.

³¹ Refira-se que mesmo a concepção do Professor Faria Costa (*a mais ampla da protecção do tipo legal de furto*) não colidirá com o raciocínio por mim defendido (*neste âmbito ver a reflexão acerca da fragmentalidade de primeiro e segundo graus in ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 32, § 48*).

IV. Da legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal

Mas admitindo a possibilidade da subsunção da subtracção de água decorrente da instalação de ligações directas à canalização do sistema público de abastecimento de água, ao crime de furto, previsto e punível pelo artigo 203.º, n.º 1 do Código Penal, entendo tecer algumas considerações sobre a legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal.

Ora, o crime de furto tem natureza semi-pública (*artigo 203.º, n.º 3*). Assim, o Ministério Público só poderá promover o processo se for apresentada queixa (*artigo 49.º, n.º 1, do Código de Processo Penal*).

O direito de queixa pertence ao ofendido, “*considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação*” (*artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal*).

Cumprе então esclarecer quem é o titular do interesse que a lei quis proteger com a incriminação pelo que, antes de esclarecer quem é o titular desse interesse, há que clarificar qual o interesse subjacente ao crime de furto.

Tal como foi referido anteriormente o bem jurídico inerente ao crime de furto é a propriedade, pelo que seria o titular do “direito de propriedade” o ofendido. No caso do abastecimento público de água, uma vez que esta é proveniente dos rios, o ofendido não poderia ser outro que não o Estado (*artigo 6.º, n.º 1, da Lei 54/2005, de 15 de Novembro*).

É verdade que se admitirmos a concepção de José de Faria Costa ao defender que o bem jurídico protegido pelo tipo incriminador é a *disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica*³² então poderíamos, em abstracto, admitir que o ofendido poderia ser o usufrutuário ou mesmo o município onde ocorresse a subtracção de água em resultado da instalação de uma ligação directa. Todavia, seria preciso

³² In ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 33, §25.

demonstrar o modo como essa fruição de utilidade ficou afectada, o que só seria atingível com a análise dos vários instrumentos legais/contratuais entre o Estado e os outros intervenientes (*empresas concessionárias de captação de águas e os municípios*) e não com meras suposições tal como, na maioria dos casos, o Ministério Público e Tribunais têm feito.

V. Conclusão

A maior crítica tecida quanto a concepção por mim defendida relativamente a esta matéria é a de que uma solução deste tipo conduz, necessariamente, à impunidade, o que é inconcebível!

Não posso concordar com tal argumentação que não tem qualquer carácter científico e rigor jurídico.

Em primeira linha, entendo que o Ministério Público poderia e deveria ponderar a subsunção da instalação de ligação directa de água ao crime de quebra de marcas e selos, previsto no artigo 356.º do Código Penal³³. É evidente que tal subsunção jurídica implica que se faça prova da efectiva autoria da ligação efectuada, o que poderá levantar problemas processuais complexos.

Ainda que assim não se entendesse, sempre o município em questão poderia ser tutelado em termos civis através, eventualmente, da responsabilidade extracontratual (*artigo 483.º e seguintes do Código Civil*) ou, no limite através do ressarcimento com base no instituto do enriquecimento sem causa (*artigo 473.º e seguintes do Código Civil*)³⁴.

O que me parece evidente é que o nosso direito penal constituído não admite a subsunção jurídica dos factos relativos à instalação de ligação directa de fornecimento de água, ao tipo incriminador de furto, previsto e

³³ Poder-se-ia dizer que tal possibilidade estaria vedada a alguns municípios como Lisboa, Porto e Vila Nova de Gaia, que não possuem Serviços Municipalizados de Água e Saneamento, mas sim Empresas Municipais criadas para o mesmo fim. Todavia, tendo em consideração a noção de funcionário prevista no artigo 386.º, n.º 2 do Código Penal entendo que tal restrição não é de operar.

³⁴ Solução civil mais correcta, do meu ponto de vista, não olvidando as dificuldades inerentes à aplicação de tal instituto.

punível pelo artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, por não preencherem essa previsão legal e porque o nosso ordenamento jurídico-penal é balizado pelo Princípio da Tipicidade. Se o legislador achar que o tipo de conduta ilícita elencado não é devidamente tutelado pelos institutos supra referidos então caber-lhe-á criar uma norma que, do seu ponto de vista, seja idónea a tutelar de modo mais eficiente o bem jurídico em questão³⁵.

Enquanto isso não ocorre, caberá ao julgador (*não visto como o Juiz de Montesquieu ou Beccaria, na concepção de mera “boca da lei”*) proceder à interpretação da lei reconstruindo o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e não recorrendo a preenchimentos conceituais arbitrários, fundamentando tal actuação na procura por uma segurança jurídica concretizada na “cega” uniformização de entendimentos, pondo em causa textos legais (*tais como a “Magna Charta Libertatum” de 1215, a “Bill of Rights” de 1689 ou a nossa Constituição de 1976*) que ajudaram a construir a tal almejada segurança jurídica dos cidadãos.

O direito natural, na sua concepção mais ampla, era, a maior parte das vezes, o fundamento utilizado pelo *Estado Polícia do Ancien Régime*, por um lado, e dos Estados Totalitários/Autoritários, por outro, para se fazer justiça.

O Princípio da Legalidade, que inclui a sua vertente material, conhecido como Princípio da Tipicidade, funciona e deverá funcionar, sempre, como travão do direito natural. E não se diga que tal raciocínio constitui a “Magna Charta do criminoso”, já que um cidadão mais hábil tenderia a contornar a lei³⁶. Como bem refere Jorge de Figueiredo Dias, por um lado *um agente não é, em definitivo um criminoso se não for como tal considerado por uma sentença passada em julgado* e por outro um eventual contorno à lei constitui *um razoável preço a pagar para que possa viver-se numa democracia que proteja*

³⁵ Tal como foi feito em França e na Alemanha para as ligações clandestinas de energia eléctrica (*vide José de Faria Costa, in ob. citada, anotação ao artigo 203.º, páginas 39 e 40, §44, Jorge de Figueiredo Dias, in ob. citada, página 188, § 21, e Américo Alexandrino Taipa de Carvalho, in “Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime”, 2.ª Edição, 2008, Coimbra Editora, página 168 e 169, § 319*).

³⁶ Questão problematizada por Jorge de Figueiredo Dias *in ob. citada*, página 180 e 181, § 6.

*minimamente o cidadão do arbítrio, da insegurança e dos excessos que de outro modo inevitavelmente padeceria a intervenção do Leviathan estadual*³⁷.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a edição actualizada, Lisboa, 2010, Universidade Católica Editora
- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Civil, Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- Barreiros, José António, *Crimes Contra o Património*, 1996, Lisboa, Universidade, Lusíada.
- Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2.^o Volume, reimpressão 2003, Lisboa, AAFDL.
- Carvalho, Américo Alexandrino Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.^a Edição, Coimbra, 2008, Coimbra Editora.
- Costa, José de Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, anotação ao artigo 203.^o, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 1999, Coimbra Editora
- Cunha, José Manuel Damião, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, anotação ao artigo 215.^o, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 1999, Coimbra Editora
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, *Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*, Coimbra, 2007, Coimbra Editora
- Guerreiro, Sandra Cristina Pereira, *A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo*, in “Direito da Água”, publicada pela Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (disponível em formato e-book no link https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/curso_tecnico_3.pdf)

³⁷ In ob. citada, página 181, § 6.

- Hörster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Reimpressão da Edição de 1992, Almedina.
- Lima, Pires de, e Varela, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I*, 4.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, 1987, Coimbra Editora
- Lobo, Mário Tavarela, *Manual do Direito de Águas, Volume I*, 1989, Coimbra, Coimbra Editora,
- Lobo, Mário Tavarela, *Manual do Direito de Águas, Volume II*, 2.ª Edição Revista e Ampliada, Coimbra, Coimbra Editora,
- Machado, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16ª reimpressão, Almedina,
- Osório, Rogério Gomes, *O crime de furto – um contributo para a análise de uma nova realidade*, (in Revista da Ordem dos Advogados. – Ano 75 (Jul. / Dez. 2015) e in http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/rogerioosorio_crimefurto.pdf).
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, 2007, Almedina.

Diego Brito
Procurador-Adjunto

