

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.445 - PR (2015/0296413-4)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) - SP124516
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÕES DO STF. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. MEDIDAS CONSTRITIVAS SOBRE O PATRIMÔNIO DE TERCEIROS. BACEN-JUD E INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Estes autos não cuidam da criptografia de ponta-a-ponta, matéria cuja constitucionalidade encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (ADI 5527, de relatoria da Min. Rosa Weber e ADPF 403, do Min. Edson Fachin).

2. O Facebook Brasil é parte legítima para representar, nos Brasil, os interesses do WhatsApp Inc, subsidiária integral do Facebook Inc. “Com o fim de facilitar a comunicação dos atos processuais às pessoas jurídicas estrangeiras no Brasil, o art. 75, X, do CPC prevê que a pessoa jurídica estrangeira é representada em juízo 'pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil' e o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que o 'gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo'. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões "filial, agência ou sucursal" não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.” (HDE 410/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019). A regras advinda do precedente não deve, no caso concreto, ficar restrita à possibilidade de citação e intimação, sem possibilitar a cominação de multa. Interpretação restritiva tornaria inócua a previsão legal, pois, uma vez intimada, bastaria à representante nada fazer. Portanto, a possibilidade das astreintes revela-se imperiosa até para que se dê sentido ao dispositivo.

3. Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o

Superior Tribunal de Justiça

Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria.

4. "A finalidade da multa é coagir (...) ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade", destinada a convencer o seu destinatário ao cumprimento". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 684-685).

5. Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. O princípio do nemo tenetur se detegere e da vedação à analogia in malam partem são garantias em favor da defesa (ao investigado, ao indiciado, ao acusado, ao réu e ao condenado), não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual-penal, não existe risco de privação de liberdade de terceiros instados a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos, em que são pessoas jurídicas. Trata-se, pois, de poder conferido ao juiz, inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.

6. A teoria dos poderes implícitos também é fundamento autônomo que, por si só, justifica a aplicação de astreintes pelos magistrados no processo criminal.

7. Sobre a possibilidade do bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud ou aplicação de outra medida constritiva sobre o patrimônio do agente, é relevante considerar dois momentos: primeiramente, a determinação judicial de cumprimento, sob pena de imposição de multa e, posteriormente, o bloqueio de bens e constrições patrimoniais. No primeiro, o contraditório é absolutamente descabido. Não se pode presumir que a pessoa jurídica intimada, necessariamente, descumprirá a determinação judicial. Quando do bloqueio de bens e realização de constrições patrimoniais, o magistrado age em razão do atraso do terceiro que, devendo contribuir com a Justiça, não o faz. Nesse segundo momento, é possível o contraditório, pois, supondo-se que o particular se opõe à ordem do juiz, passa a haver posições antagônicas que o justificam.

8. No caso concreto, o Tribunal local anotou que as informações requisitadas só foram disponibilizadas mais de seis meses após a quebra judicial do sigilo e expedição do primeiro ofício à empresa. Logo, não se verifica o cumprimento integral da medida.

9. Em relação à proporcionalidade da multa, o parâmetro máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado por esta Corte em caso assemelhado, na QO-Inq n. 784/DF, foi observado. Assim, não merece revisão.

10. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Retomado o julgamento após o voto-vista antecipado divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, negando provimento ao recurso especial, tendo sido acompanhado pelos Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e Jorge Mussi, e o voto dos Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando parcial provimento ao recurso especial, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, que lavrará o acórdão.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Sebastião Reis Júnior.

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e Jorge Mussi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 24 de junho de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2015/0296413-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.568.445 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003100320134040000 1455000 200970000261664 201401166862 3100320134040000

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 11/03/2020
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) -
SP124516

FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487

RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029

ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569

VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo sustentou oralmente pela parte recorrente: Facebook Servicos Online do Brasil Ltda.

CERTIDÃO

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

Após a sustentação oral, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator.

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.445 - PR (2015/0296413-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO
E OUTRO(S) - SP124516
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO -
DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. interpõe recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, que, em agravo de instrumento, manteve a multa aplicada em primeiro grau por descumprimento de ordem judicial engendrada em inquérito policial, no qual se investigava a prática de crimes de **pedofilia** por meio da rede mundial de computadores. O *decisum* ficou assim sumariado (fls. 183-184):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAÇÃO DE DELITO SUPOSTAMENTE PRATICADO ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. FORNECIMENTO DE DADOS E CONTEÚDOS QUE, SERIAM ADMINISTRADOS POR EMPRESA SEDIADA NO EXTERIOR. OBSERVÂNCIA DAS VIAS DIPLOMÁTICAS. DESNECESSIDADE. ATRASO NO CUMPRIMENTO DA ORDEM. PREJUÍZO A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em matéria de Direito Civil a jurisprudência vem se inclinando para a responsabilização do provedor brasileiro pela omissão na retirada de conteúdo da internet a partir da ciência da existência de material ofensivo/ilícito, mesmo no caso em que esse se encontra armazenado

em provedor administrado por empresa sediada no exterior, porque ambos são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, em face da aplicação do princípio da aparência.

2. Na linha da recente orientação do Superior Tribunal de Justiça em situação análoga, em se tratando de pessoa jurídica regularmente instalada no País, comprovadamente tendo por sócio o provedor estrangeiro, e ausente impossibilidade técnica para o fornecimento dos dados sigilosos requisitados pelo juízo, não se cogita da necessidade de observância das vias diplomáticas, especialmente o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – MLAT, descabendo se falar em material de prova forâneo. Se, eventualmente, o provedor brasileiro não tem acesso às informações necessárias para o cumprimento da determinação, incumbe-lhe a obtenção perante a sócia estrangeira.

3. A análise de retardamento justificado no cumprimento da ordem deve pautar-se por um juízo de razoabilidade e proporcionalidade que, no caso, reclama sejam considerados não apenas o tempo decorrido desde o esgotamento do prazo fixado pelo magistrado, sob pena de aplicação de multa diária, mas todos os eventos que se sucederam desde a quebra judicial do sigilo, à vista da natureza da medida, a qual buscava a coleta de elementos de prova em inquérito instaurado para apuração de delito, supostamente praticado através da rede mundial de computadores.

4. No caso, sem embargo de eventuais problemas de ordem técnica para a entrega do material faltante no prazo estabelecido, a vinda da totalidade das informações requisitadas ocorreu mais de 06(seis) meses após aquele marco e a expedição do primeiro ofício à agravante, o que contribuiu para paralisação da investigação, não se mostrando hábeis as justificativas apresentadas pela empresa para arredar a responsabilidade quanto ao cumprimento da determinação.

5. Ausente circunstância a arredar a manutenção da penalidade imposta, é de ser improvido o agravo de instrumento que visa a contrastá-la.

O referido *decisum* foi, ainda, integrado por acórdão proferido em embargos de declaração, o qual recebeu esta ementa (fl. 335):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO RESTRITO ÀS HIPÓTESES DE OMISSÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DESSES VÍCIOS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO PARA ACRÉSCIMO DE

FUNDAMENTAÇÃO AO ACÓRDÃO IMPUGNADO, SEM MODIFICAÇÃO NO RESULTADO DO JULGAMENTO.

1. Na forma do artigo 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração merecem trânsito nas restritas hipóteses em que a decisão esteja eivada de obscuridade, contradição ou omissão, sem olvidar da possibilidade de correção de erro material, fundada em construção pretoriana. Não se prestam os aclaratórios, destarte, à rediscussão dos fundamentos do julgado ou à sua modificação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
2. Estando devidamente fundamentada a decisão, não se exige manifestação expressa acerca de todas as teses veiculadas pelas partes.
3. Não há falar em omissão ou nulidade decorrente da falta de indicação expressa de dispositivo legal que dê embasamento à responsabilização da recorrente, pois, tendo sido explicitada a tese jurídica que leva à conclusão adotada no julgado contrastado, a decisão está devidamente fundamentada. Precedentes desta Corte.
4. Não se constata omissão, obscuridade, contradição ou erro material no aresto proferido por esta Turma; todavia, acolhe-se parcialmente a irresignação a fim de integrar o julgado com a motivação expendida nesta ocasião.
5. Embargos de declaração parcialmente providos para agregar fundamentação ao acórdão, sem alteração no resultado do julgamento.

Em suas razões, **alega a recorrente violação do art. 461, § 4º, do CPC/1973 e, por via reflexa, do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal**, visto não ser parte no processo em que houve a determinação de quebra de sigilo de dados pertencentes a investigado pela prática de crime.

Afirma a defesa que "o art. 461, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de aplicação de multa diária apenas para o réu da ação de conhecimento, uma vez que essa sanção só pode ser aplicada após ser dada a oportunidade de apresentar contestação, produzir provas e exercer o contraditório na instrução processual. A Recorrente não teve acesso a nada disso: sequer teve acesso aos autos do processo, ficando restrita a algumas poucas páginas" (fl. 364).

Aduz, no ponto, que a "aplicação de sanção no valor de R\$ 450.000,00, decorrente da multa diária por alegado descumprimento de decisão judicial, viola o devido processo legal" (fl. 367).

Assere, ainda, a ocorrência de ofensa ao art. 461, § 5º, do

Superior Tribunal de Justiça

Código de Processo Civil de 1973, porquanto a interpretação dada pelo acórdão recorrido estaria "absolutamente dissociada do texto legal, uma vez que usa o referido dispositivo legal como meio de punir a Recorrente por ter arguido procedimento legal diferente do que estipulado" (fl. 368).

Assegura não existir motivo que justifique "a imposição de sanção de R\$ 450.000,00, por um alegado atraso de 9 dias, se considerado o exíguo prazo estipulado pelo DD. Juízo de primeira instância, o que, inclusive, foi reconhecido pelo Ministério Público Federal, que opinou pelo provimento ao agravo de instrumento tendo em vista que a ordem foi cumprida, que o atraso foi mínimo e que isso decorreu de motivos plausíveis demonstrados" (fl. 368).

Por fim, caso não reconhecidas as violações apontadas, defende que a quantia arbitrada seja reduzida, conforme dicção do art. 461, § 6º, do CPC/1973, sobretudo porque a decisão que fixa o valor da astreinte não faz coisa julgada material e, portanto, mesmo que transitada em julgado, pode ser modificada.

Requer, diante do exposto, que o recurso seja provido para reconhecer as violações infraconstitucionais e de dispositivo constitucional ou, subsidiariamente, que o montante estipulado pelas instâncias ordinárias seja reduzido.

Apresentadas contrarrazões, às fls. 385-391, e admitido o recurso especial (fl. 392), foram os autos ao Ministério Público Federal, que, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, se manifestou pelo seu não conhecimento e, se conhecido, pelo seu não provimento (fls. 408-412).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.445 - PR (2015/0296413-4)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INQUÉRITO POLICIAL. PEDOFILIA E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E MARCO CIVIL DA INTERNET. QUEBRA DE SIGILO. FACEBOOK. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. ASTREINTES. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA. APLICAÇÃO EM PROCEDIMENTO PENAL. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA MULTA. RAZOABILIDADE DO PATAMAR ESTABELECIDO. EXECUÇÃO DIRETA POR JUÍZO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em investigação para apurar a possível prática de crimes de pedofilia e estupro de vulnerável é lícita e adequada a obtenção de dados e informações armazenadas em provedor da internet, mesmo que estejam sob a guarda de sede da empresa no exterior.
2. As diferenças estruturais, metodológicas, de segurança e de abrangência das informações e dos dados dos usuários relativos as diversas empresas que atuam no ambiente virtual redundam na necessidade de que a persecução penal não fique adstrita a um único diploma normativo de um país. É necessário suplantar a diversidade e a complexidade de todos os sistemas, programas ou aplicativos usuários da rede, sobretudo quando envolvem dados criptografados ou protegidos por encriptação de hardware, com o uso de um sistema normativo que se adicione aos acordos de cooperação internacional firmados.
3. No Brasil, os acordos, tratados ou convenções não repelem a aplicação do aparato regulador do Marco Civil da Internet; ao contrário, complementam-se, com a formação de um conjunto de instrumentos ou mecanismos jurídicos colocados à disposição do Estado para possibilitar ou facilitar a persecução penal relativa a crimes cometidos por meio da web, sobretudo diante da complexidade estrutural, da ubiquidade da internet e das escassas leis que regulam de maneira eficaz a matéria.
4. As astreintes são uma espécie de multa processual, empregadas com o objetivo de dar efetividade às ordens judiciais de cumprimento de uma obrigação, independentemente da ocorrência de dano. Embora prevista no CPC, a sua aplicação de modo paralelo, no curso

de processo penal, é admitida pacificamente no âmbito desta Corte e não tem como único sujeito passivo o réu da ação, mas também todo aquele que estiver sujeito a receber uma ordem judicial. Assim, pode igualmente ser ameaçado com a multa coercitiva o terceiro que tenha alguma relação com o processo ou que deva cumprir alguma determinação.

5. A ausência de limitação ou de critérios legais bem definidos para a fixação do valor das astreintes acaba por relegar, ao prudente arbítrio do magistrado, o estabelecimento de montante que considera suficiente para a finalidade a que se propõe o instituto. A ideia de coerção visa a possibilitar a cooperação da parte, de modo a desestimulá-la a adotar atitude que resulte no não cumprimento do comando judicial.

6. Há algum grau de casuísmo no arbitramento do valor das astreintes, pois devem ser levadas em conta a situação econômica do devedor, a magnitude das implicações de eventual resistência nas investigações, a própria gravidade do crime investigado e a capacidade de resistir ao valor imposto. O CPC pressupõe o atendimento dos critérios de suficiência e compatibilidade com a obrigação, ajustando-se um prazo que seja efetivamente razoável para a realização do comando judicial.

7. A fixação de astreintes, por ser de natureza processual civil, exige que o procedimento com o propósito de executá-las, definitiva ou provisoriamente, se compatibilize com o referido diploma legal. À luz da sistemática processual civil que subsidia o instituto, a posição que melhor reflete a necessária coerência que deve existir no sistema processual – tanto civil quanto penal – não se coaduna com a ideia de que a decisão judicial que impõe uma multa possa ser executada sem o devido processo legal. Se a própria condenação por crime não permite expropriação patrimonial imediata com a finalidade de satisfazer uma obrigação imposta por decisão com trânsito em julgado, admitir a execução imediata das astreintes, por mais que se proceda com algum objetivo de interesse público, vai de encontro à lógica do sistema.

8. É inviável que o juízo criminal efetive o bloqueio via Bancenjud ou promova a inscrição direta na dívida ativa da União, em relação aos valores arbitrados a título de astreintes. Uma coisa é a fixação da multa; outra, é a cobrança desses valores, cujo procedimento deve observar o devido processo legal. É equivocado, portanto, entender que o montante estipulado deve ser executado perante o juízo criminal, seja por se tratar de instituto eminentemente processual

civil, seja por não existir óbice a que a execução provisória se dê perante o competente juízo cível.

8. Recurso especial provido em parte, a fim de determinar ao Juízo Criminal responsável pelo caso que se abstenha da prática de quaisquer atos que importem a constrição de patrimônio do recorrente.



VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. CONTEXTUALIZAÇÃO E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Extraí-se dos autos que o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, da Seção Judiciária do Paraná, em inquérito policial deflagrado para apurar a prática de **crime de pedofilia** – consistente na produção e na disseminação de material pornográfico infanto-juvenil – e de **estupro de vulnerável** – haja vista a suspeita da ocorrência de relações sexuais com menores –, determinou aos provedores **Facebook Serviços Online do Brasil (ora recorrente), Google Brasil Internet e Yahoo do Brasil**, em fevereiro de 2012, que fornecessem dados cadastrais, *logs* de acesso, dados armazenados, inclusive fotografias exibidas, álbuns de fotos, vídeos, recados, depoimentos, listas de amigos do investigado e de comunidades das quais o perfil dele fosse membro.

A determinação judicial, a despeito dos diversos ofícios e da decisão que delimitou prazo, que se ultimaria em 24/8/2012, para o cumprimento da ordem judicial, somente veio a ser cumprida pelo recorrente em 4/9/2012, isto é, **9 dias após o término do prazo peremptório fixado**, o que culminou em uma multa de **R\$ 450.000,00**, com fundamento no art. 461, § 4º, do CPC/1973, c/c art. 3º do CPP, com ordem de pagamento, em 15 dias, sob pena de inscrição do débito na dívida ativa não tributária (fl. 94), cuja imposição não foi desconstituída pelas instâncias ordinárias.

Em relação às preliminares de conhecimento do recurso, constato que o especial preenche os requisitos legais, notadamente o do prequestionamento, visto que os temas versados pelo postulante, no recurso especial, foram debatidos na origem. Além disso, não observo, **à exceção da alegação de suposta violação de dispositivo constitucional**, a existência de óbices sumulares ou regimentais que impeçam o conhecimento do recurso relativamente aos temas suscitados.

II. MÉRITO

Superior Tribunal de Justiça

Toda a discussão neste especial, assim como ocorre com diversos casos similares examinados amiúde por este Superior Tribunal, no âmbito dos órgãos fracionários que compõem a Terceira Seção, **tem seu nascedouro na determinação feita aos provedores de aplicação de internet sediados nos Estados Unidos, por autoridade judicial brasileira**, para que forneçam informações relativas a determinadas comunicações ou dados armazenados por pessoas investigadas pela prática de crimes.

A controvérsia – que perpassa, em grande parte dos casos, por discussões que vão desde **a defesa das empresas para que seja dada prevalência ao Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e Governos dos Estados Unidos (Decreto 3.810/2001)**, até **a impossibilidade de execução por juízo criminal, via BacenJud, do valor da multa fixada pelo descumprimento de determinação judicial** - tem ocasionado alguma divergência interpretativa, ao menos no âmbito da Sexta Turma, a qual resvala, inclusive, na compreensão de que as astreintes não seriam aplicáveis ao processo penal.

Em razão disso, entendi razoável propor a afetação deste especial, com o objetivo de harmonizar eventual ponto de dissidência existente acerca de um ou outro tópico que circunscreve o tema, dentro dos limites cognitivos e das formalidades inerentes ao recurso especial.

Não poderia deixar de registrar que tramita, perante o Supremo Tribunal Federal, ação declaratória de constitucionalidade (**ADC n. 51**), na qual se pretende seja reconhecida a constitucionalidade do Decreto n. 3.810/2001 e sua preponderância (especialidade) diante do Marco Civil da Internet, em casos como o ora examinado.

Como não houve a concessão de medida cautelar para o sobrestamento de processos que envolvem a aplicação do referido ato normativo, nada obsta o julgamento deste recurso, embora a solução que aqui se dê possa vir a ser atingida pelo resultado alcançável com o julgamento da referida ação declaratória de constitucionalidade.

II. 1. Cooperação Jurídica internacional e Marco Civil da Internet

O advento e o célere desenvolvimento de tecnologias digitais com o uso da internet acarretaram uma verdadeira revolução no âmbito das

comunicações e do armazenamento de informações, tanto pelo volume quanto pela rapidez e pela facilidade de interação que proporciona entre os usuários. Nesse ambiente de profunda modificação na vida das pessoas, com indiscutíveis benefícios práticos que se estendem a todos os setores da sociedade, originaram-se novas formas de relações sociais, de transações comerciais ou financeiras e, também, de novas práticas criminosas, o que acabou por repercutir no âmbito penal e processual penal, a exigir procedimentos ou técnicas específicas de investigação.

Como pontua Thomas Welch, o ambiente digital, ao mesmo tempo que permite o avanço e a automação de relações negociais, abre as portas para muitas novas formas de uso indevido de computadores e, por isso, a importância da conscientização e da preparação para o enfrentamento do que ele chama de miríade de questões tecnológicas e jurídicas que afetam a utilização dos sistemas (Computer Crime Investigation and Computer Forensics. In: TIPTON, Harold; KRAUSE, Micki (Org.). *Information Security Management Handbook*. 6. ed. Florida: Auerbach Publications, 2007, p. 2.781-2.782).

Nessa perspectiva, para o enfrentamento dos crimes virtuais, ganham relevo os métodos investigativos para obtenção de informações ou provas que se encontram no universo digital. O componente principal que dificulta esse procedimento repousa no próprio ambiente da web, em que **a inexistência de fronteiras territoriais é contraposta à existência, no mundo físico, de diferentes jurisdições relativas aos países onde são armazenadas informações que possibilitem** desvelar crimes ou desarticular organizações criminosas. Some-se a isso a deficiência de conhecimentos da linguagem digital e a incapacidade técnica dos atores do controle e da prevenção dos crimes.

É necessário, portanto, maior reflexão sobre os contornos conceituais clássicos que definem a soberania do Estados, seja sob o prisma das relações com outros países, seja sob a ótica do exercício do poder estatal interno (jurisdição), a fim de se adequar a essa incontornável realidade. Empresas como **Apple, Google, Microsoft, Facebook, Twitter ou WhatsApp**, entre outras, **não possuem procedimentos informáticos ou de comunicação idênticos**, o que dificulta muito a elaboração de estratégias repressivas ou preventivas uniformes.

A propósito, **Greg Nojein** denota, em relação ao Google, essa dificuldade: “Se as coisas estão ocupadas na Índia, eles podem mover os dados dali para outro lugar onde está menos ocupado para que eles possam equilibrar

a carga de sua rede. O Google também quebra os dados, eles os dividem em diferentes pedaços para que então mesmo um email possa ser guardado em pacotes que estão em lugares diferentes, até diferentes países.” (*Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: Internetlab, 2018, p. 180).

No caso do WhatsApp, que oferece e gere um serviço de troca de mensagens, **o funcionamento é bastante distinto**. Esse aplicativo usa um sistema de criptografia conhecido como *end-to-end* (E2E), que também é empregado por outros aplicativos, como o *iMessage* da Apple. Com esse tipo de codificação, o aparelho do usuário emissor da mensagem contata um dos servidores da empresa, que irá lhe fornecer o segredo de encriptação do usuário receptor da mensagem; o telefone emissor envia um texto indecifrável para o provedor, que o encaminha para o telefone receptor, único que poderá decodificá-lo, por ser a origem da chave criptográfica utilizada. Assim, **em nenhum momento o provedor tem acesso ao real conteúdo da mensagem**, visto que ela é enviada de modo cifrado do emissor e só será descriptada no receptor (por isso a denominação *end-to-end*).

Ressalte-se, por oportuno, que se encontra em julgamento (suspense em razão de pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes) no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade **(ADI) n. 5.527** e a Arguição de Preceito Fundamental **(ADPF) n. 403**, ambas que tratam da possibilidade de aplicação de multa e suspensão dos serviços de mensagens pela internet, como o aplicativo WhatsApp, pelo suposto descumprimento de ordens judiciais que determinem a quebra de sigilo das comunicações.

Diante desse ambiente diversificado quanto ao modo de se estabelecerem relações entre pessoas é que tem sido fomentada, cada vez mais no mundo todo, a discussão sobre a eficiência dos mecanismos de persecução penal existentes e sobre como torná-los adequados a essa realidade. No particular, iniciativas internacionais objetivam intensificar a cooperação entre países não só para a adoção de políticas criminais comuns para o combate aos delitos informáticos mas também para fixar a competência e facilitar a investigação de qualquer infração penal relacionada ao uso da internet que envolva mais de um país.

Duas das mais importantes dessas iniciativas foram a **Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa**, conhecida como **Convenção de Budapeste** (2001) e o **Convênio Ibero-americano sobre Investigação e Obtenção de Provas em Matéria de Ciberdelinquência** (2014), dos quais o Brasil, infelizmente, ainda não é signatário (SALGADO,

Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 294)

Sem embargo, não há como negar que esses documentos internacionais exercem relevante influência entre nós. Não por acaso, o Ministério Público Federal apresentou, em 2018, **nota técnica ao Ministério das Relações Exteriores, na qual defende a adesão do Brasil a Convenção de Budapeste**, com o objetivo de **aperfeiçoar o arcabouço legal relacionado ao combate a crimes cometidos na internet, ampliar as hipóteses de cooperação internacional, fomentar as ações de capacitação e aprimorar os agentes públicos que lidam com a temática** (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-defende-adesao-do-brasil-a-convencao-internacional-para-combate-a-crimes-ciberneticos>. Acesso em: 2 ago 2019).

No entanto, esse árido debate sobre métodos ou formas investigativas perpassa, também, pela própria dificuldade de se criarem, no âmbito legislativo, normas que possibilitem a consecução dos procedimentos processuais penais afetos ao ambiente digital, dada a diversidade de tratamento dos institutos jurídicos dos diferentes países e a necessidade de eles serem minimamente convergentes. Gabriel Cesar Z. de Inellas, sobre o assunto, afirma que, "como a Rede da Internet é mundial e sem fronteiras e sem donos, torna-se quase impossível para qualquer país, aplicar e executar leis, para regular o denominado ciberespaço" (*Crimes na Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 79).

Nos EUA, v. g., há uma gradação nas exigências processuais para obtenção de dados ou informações armazenadas em sistemas informáticos. Para aqueles mais sensíveis, além da autorização judicial (*warrant*), é necessário nível de prova muito alto, com a demonstração da causa provável (*probable cause*). Para dados sensíveis de nível intermediário, como informações de tráfego, basta a autorização do juiz, sem a necessidade do mesmo nível de prova; e, por último, **para o acesso àqueles dados menos sensíveis, é desnecessária a autorização judicial** (SALGADO, Daniel de Resende *et al* (org.). Sistema de justiça criminal. Brasília: ESMPU, 2018, p. 164 e ss.; ANTONIALLI, Dennis; ABREU, Jacqueline de Souza (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: Internetlab, 2018, p. 169-175).

Em síntese, é possível dizer que a variedade de tratamento dado pelos países para o acesso ao conteúdo dos dados ou das informações armazenadas no ambiente digital se torna mais um obstáculo que se soma aos existentes em decorrência dos diferentes modos de operação de sistemas,

aplicativos ou programas que utilizam a internet. As diferenças estruturais, metodológicas, de segurança e de abrangência das informações e dos dados dos usuários relativos as diversas empresas que atuam no ambiente virtual redundam na necessidade de que a persecução penal não fique adstrita a um único diploma normativo de um país. **É necessário, então, suplantar a diversidade e a complexidade de todos os sistemas, programas ou aplicativos usuários da rede, sobretudo quando envolvem dados criptografados ou protegidos por encriptação de hardware, com o uso de um sistema normativo que se adicione aos acordos de cooperação internacional firmados.**

Por isso mesmo, a "internacionalização da vida atual implica que o exercício do poder punitivo estatal pode depender de atos praticados em outros Estados" (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 589). Daí **a importância da cooperação jurídica internacional, porquanto serve como poderoso instrumento para garantir, juntamente com as demais normas existentes, da maneira mais eficaz possível, o exercício do poder punitivo estatal.** Quanto mais qualificada for essa cooperação, maior será a proteção penal dispensada ao âmbito digital.

No Brasil, em se tratando de questões relacionadas à internet, deve ser aditado aos institutos tradicionais de cooperação jurídica o Marco Civil da Internet. E, nesse aspecto, especificamente no caso *sub examine*, a controvérsia acerca de qual instrumento seria o adequado para subsidiar o pedido de **quebra de sigilo de dados eletrônicos** - os quais não estariam armazenados em provedores situados em território nacional -, **penso que tratados, acordos, convenções e diplomas legais internos existentes não se repelem, mas se complementam.**

Deveras, **todos os instrumentos normativos e de cooperação formam um conjunto de mecanismos jurídicos colocados à disposição do Estado para possibilitar ou facilitar a persecução penal no ambiente digital.** A velocidade de avanço tecnológico não é acompanhada pela velocidade da inovação legislativa ou pela pactuação de acordos de cooperação jurídica, este último de matiz constitucional (art. 4º, IX, da CF) e explicitamente albergado pelo CPP (art. 780): **"sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal"** (grifei).

Por oportuno, assinalo que, entre os ajustes internacionais em matéria penal e processual penal existentes, sobrelevam-se o **Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais**, assinado no âmbito do Mercosul (Decreto n. 3.468/2000), o **Acordo de Extradição entre os Estados partes do Mercosul** (Decreto n. 4.975/2004), a **Convenção das Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)**, a **Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e seu Protocolo Facultativo** (Decreto n. 6.340/2008) e o **Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América** (Decreto n. 3.810/2001), entre outros.

A hipótese trata, de um lado, do **acordo firmado entre o Brasil e os EUA**, alicerçado em acordo bilateral (*Mutual Legal Assistance Treaties* ou *MLAT*), **promulgado pelo Decreto n. 3.810/2001**, comumente utilizado nos crimes de lavagem de dinheiro e de tráfico internacional de drogas, que não raras vezes necessitam da produção de provas a serem obtidas em outros países. E, dada a natureza fluida dessas provas, o auxílio direto se revela como instrumento mais eficaz para a persecução desses crimes, diante da maior rapidez em sua tramitação.

De outro lado, o **Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)** veio somar-se aos mecanismos existentes, em um esforço de fazer frente à **complexidade estrutural e à ubiquidade da internet**, notadamente pelas escassas leis que regulavam até então a matéria e pela ineficácia (em termos práticos) dos instrumentos normativos existentes. No ponto, a despeito de esse novel diploma legal haver delimitado a questão da jurisdição – **ao submeter à legislação brasileira os provedores de conexão à internet e os provedores de acesso às aplicações de internet quando o serviço estiver sendo ofertado ao público interno do país**, ainda que a operacionalidade dessas atividades sejam realizadas no exterior –, a **cooperação internacional não deixa de ser um recurso a ser considerado**.

Com efeito, a Lei n. 12.965/2014 prevê, em seu art. 10, § 2º: **“O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º”. O art. 11, § 1º e 2º, assinala que em “qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, **deverão ser obrigatoriamente respeitados a**

legislação brasileira” e que o “disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil”. Todavia, o parágrafo único do art. 3º da Lei n. 12.965/2014 adverte: “Os princípios expressos nesta Lei **não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**”.

A previsão de atuação da jurisdição brasileira, nas situações em que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil, **não pode afastar a necessária observância da especificidade de cada um dos serviços prestados e do modo como os dados são coletados e armazenados**. De fato, embora muitas das empresas provedoras de aplicações de internet existentes, que coletam e armazenam as comunicações privadas dos usuários, possuam subsidiária ou filial física em território brasileiro, via de regra, não dispõem de *datacenter* (ambiente projetado para abrigar servidores e outros componentes como sistemas de armazenamento de dados e ativos de rede) em território nacional, e sim no exterior, por inúmeras razões (estratégicas, econômicas e de segurança).

De fato, há **situações em determinadas decisões judiciais proferidas pela jurisdição brasileira que não podem ser cumpridas sem que haja a cooperação internacional**. Cite-se, por exemplo, o caso em que os dados são armazenados em *gadgets* (dispositivos eletrônicos portáteis) localizados no exterior, hipótese em que pode engendrar óbices podem ser identificado em ao menos três situações: quando houver determinação de acesso a conteúdo decodificado e de conversa cifrada travada por meio de aplicativo com pessoa residente no exterior, como pode ocorrer com o WhatsApp e o iMessage; quando houver necessidade de superação de *password* e de quebra das chaves de encriptação do hardware de celular específico pertencente a alguém que não esteja fixado em território brasileiro e, por fim, na criação de *backdoor* pelas empresas sediadas em outros países (LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *Crypto wars e bloqueio de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284).

Logo, se é possível aplicação da legislação e a incidência da competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar as ações – o que é reafirmado pelo art. 21, parágrafo único, do CPC –, **isso não se traduz na possibilidade de essa autoridade exercer ilimitada jurisdição, de**

modo a suplantar as distintas situações que envolvem cada uma dessas empresas e a existência de jurisdições de outros países.

Decerto que todos os possíveis meios de obtenção de provas com implicações processuais penais, nos quais se exige o exercício da jurisdição e que dependam de diligências no âmbito digital, necessitam ser delimitados em seu **alcance e em sua efetividade**, sobretudo nas hipóteses em que os dados dos investigados estão armazenados em provedores de conexão localizados em território estrangeiro e, portanto, sob alçada desse país.

Consoante acertada orientação jurisprudencial, “**o sistema de cooperação**, estabelecido em acordos internacionais bilaterais e plurilaterais, **não exclui**, evidentemente, **as relações que se estabelecem entre os órgãos judiciais**, pelo regime das cartas precatórias, em processos já submetidos à esfera jurisdicional. Mas, além delas, engloba outras muitas providências, afetas, no âmbito interno de cada Estado, não ao Poder Judiciário, mas a autoridades policiais ou do Ministério Público, vinculadas ao Poder Executivo” (Rcl n. 2.645/SP, Rel. Ministro **Teori Albino Zavascki**, DJe 16/12/2009, destaquei).

Esse mesmo raciocínio, que penso indicar um exercício de conjugação de esforços, é consentâneo com o entendimento de ser **possível a solicitação direta das informações às empresas subsidiárias ou as filiais sediadas em território nacional**, conforme dicção do Marco Civil da Internet, **sem que isso represente a exclusão de eventual pedido baseado em acordo bilateral de cooperação internacional** (MLAT) dirigido à autoridade estrangeira relativa ao país onde a empresa possui sua sede principal. Haveria, no caso, uma conjugação de esforços legislativos distintos.

Aliás, essa interpretação me parece ser reforçada pelo próprio acordo estabelecido entre o Brasil e os EUA, promulgado pelo Decreto n. 3.810/2001, quando prevê, no art. XXII, que “Os termos de assistência e demais procedimentos contidos neste Acordo **não constituirão impedimento a que uma Parte preste assistência à outra com base em dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis, ou de conformidade com suas leis nacionais**. As Partes podem também prestar-se assistência nos termos de qualquer acordo, ajuste ou outra prática bilateral cabível”.

Nessa perspectiva, observa-se que **o Decreto n. 3.810/2001** – que se aplica a qualquer caso em que seja necessário facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, no inquérito, na ação penal e na prevenção do crime –

e o **Marco Civil da Internet** - trata especificamente de regulamentação (estabelece princípio, garantias, direitos e deveres) voltada para o uso da rede mundial de computadores – **não se contrapõem, mas se complementam ante a necessidade de algum procedimento invasivo em ambiente digital.**

II. 2. Astreintes: delimitação conceitual

As astreintes são uma **espécie de multa processual**, utilizadas com o objetivo de dar efetividade às ordens judiciais, independentemente da ocorrência de dano. Nas palavras de **Rizzo Amaral**, "visa a pressionar o réu para que o mesmo cumpra mandamento judicial, pressão esta exercida através de ameaça a seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento" (*As astreintes e o processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 85).

O novo Código de Processo Civil avançou em relação a esse instituto ao conceder-lhe novos contornos, embora mantida a sua natureza, isto é, o fato de que "as astreintes não têm caráter punitivo, mas coercitivo e tem a finalidade de pressionar o réu ao cumprimento da ordem judicial" (**AgRg no AREsp 419.485/RS**, Rel. Ministro **Raul Araújo**, DJe 19/12/2014).

Se durante a vigência do CPC/1973 essa espécie de medida coercitiva possuía espectro de incidência limitada, porque não era aplicável, v.g., na hipótese de execução que tivesse por objeto a obrigação de pagar, o CPC/2015 parece haver rompido com esse entendimento, visto que de forma explícita (*ex vi* do art.139, IV), previu a possibilidade de o juiz fixar a multa coercitiva em demandas que imponham obrigações de qualquer natureza.

Trata-se de inovação que, na visão de Daniel Amorim **Assumpção Neves**, "é plenamente capaz de afastar essa resistência jurisprudencial, de forma a ter sido criado o ambiente legislativo propício para a aplicação das *astreintes* nas execuções que tenham como objeto obrigação de pagar quantia" (*Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 970). Em verdade, qualquer interpretação das disposições do CPC sobre as astreintes deverá ser balizada pelo novo modelo processual, que não se coaduna com a ausência de efetividade e tampouco é leniente com postura recalcitrante da parte que descumpra a determinação judicial.

Outro aspecto que também merece ser destacado é que as astreintes não se vinculam à natureza econômica da obrigação imposta

judicialmente, mas tão somente ao objetivo de compelir aquele a quem se dirige a ordem a que a cumpra. Entretanto, "**o montante da multa cominatória deve guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal cujo cumprimento se busca**, sob pena de a parcela pecuniária ser mais atrativa ao credor que a própria tutela específica" (REsp. n. 1.512.647-MG, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, DJe 5/8/2015).

II. 3. Astreintes: natureza jurídica, aplicação em procedimento penal e em relação à terceiros alheios à investigação ou ao processo penal

De partida, cabem algumas observações quanto à dificuldade de se definir a **natureza jurídica das sanções processuais civis**, haja vista que nenhuma delas possui uma característica que lhe seja exclusiva, senão **predominantemente** punitivas, coercitivas, premiais ou compensatórias.

Assim, as sanções de natureza jurídica predominantemente **punitivas** poderão servir também como instrumento de coerção, no entanto apenas de maneira reflexa. É dizer, a função precípua dessa espécie de imposição não é constranger a parte a realizar ou não realizar um ato, mas puni-la pela prática ou não, como retribuição sancionatória pelo seu comportamento (comissivo ou omissivo). Já as sanções de natureza jurídica predominantemente **coercitivas** atuam diretamente no aspecto volitivo de seu destinatário, compelindo-o a cumprir o comando judicial ou a determinação legal. A sua finalidade, portanto, é a de dar força à ordem judicial, proveniente diretamente da autoridade do Estado.

Com base nessas características, verifica-se que as astreintes, previstas como **multas progressivas pelo atraso** (mora) no cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa (art. 536, § 1º), as quais são aplicáveis tanto nas decisões provisórias como nas definitivas e nos atos da execução forçada, **possuem caráter predominantemente coercitivo**.

Diversamente ocorre com **a sanção prevista no art. 77, § 2º**, que prevê o **ato atentatório à dignidade da justiça e ao exercício da jurisdição**, por violação do dever de cumprimento das decisões judiciais ou por embaraço à efetivação das ordens judiciais – que impõem ao infrator a multa de até vinte por cento do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis –, porque **ostenta natureza predominantemente punitiva**.

A despeito de ambos os institutos contribuírem, em última análise, para a efetividade dos provimentos mandamentais, não há como deixar de reconhecer que são ontologicamente distintos. **Ao cominar as astreintes**, o magistrado **coage a parte**, pela ameaça de multa pecuniária, a cumprir a determinação judicial; de modo distinto, **ao impor a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição**, o juiz pune a postura desrespeitosa da parte. Em suma, enquanto **a astreinte coage** o seu destinatário a realizar conduta futura, **a multa**, por ato atentatório ao exercício da jurisdição, **sanciona** por ato pretérito.

Além disso, as **astreintes** são cominadas com o escopo de **auxiliar a efetivação das tutelas jurisdicionais**, e a **multa** por ato atentatório objetiva preservar a **autoridade da jurisdição**. Essa distinção é relevante para diferenciar a destinação do produto da multa, na medida em que a imposta a título de **astreintes reverte em benefício da parte** e pode ser desde logo executada (provisoriamente), enquanto a **multa estabelecida em virtude do ato atentatório ao exercício da jurisdição reverte em favor do Estado** e só pode ser executada **após o trânsito em julgado da decisão**.

Assim, a sanção prevista no art. 77, § 2º, assemelha-se – ainda que de forma limitada – ao **contempt of court**, com natureza punitiva voltada para a **tutela da dignidade e da autoridade do Poder Judiciário**, ao passo que as **astreintes objetivam proporcionar o cumprimento voluntário da decisão judicial mediante coação psicológica**. Essa distinção entre ambas as sanções, inclusive, permite que possam ser cumuladas (nesse sentido: **REsp n. 647.175/RS**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJ 29/11/2004; **REsp n. 1.101.500/RJ**, Rel. Ministra **Nancy Andrighi**, DJe 27/5/2011).

A hipótese dos autos, por todo o exposto, **amolda-se à aplicação de astreintes**, que não se vinculam à existência ou não de natureza econômica da obrigação imposta judicialmente, mas, tão somente, ao objetivo de compelir ao cumprimento da ordem aquele a quem esta se dirige.

Embora prevista no CPC/2015 (arts. 536 e 537), **a sua aplicação paralela, no curso do processo penal, é admitida pacificamente no âmbito desta Corte**. A jurisprudência assinala que "'a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil', cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP" (**AgRg no RMS n. 56.706/RS**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, DJe 11/6/2018).

Infere-se, ainda, no particular, que a imposição da multa se dirige àquele a quem cabe o cumprimento da determinação judicial. **Malgrado o inquérito policial investigasse crimes que não teriam relação com a recorrente**, observa-se que **a decisão** do magistrado para o fornecimento de informações essenciais para as investigações em curso **se dirigiu à recorrente, o que legitima a fixação das astreintes contra ela.**

Com efeito, a sanção coercitiva não tem como único sujeito passivo o réu da ação, mas também todo aquele que estiver sujeito a receber uma ordem judicial. Assim, podem igualmente ser ameaçados com a multa coercitiva o terceiro – que tenha alguma relação com o processo ou que deva cumprir alguma determinação judicial – ou mesmo o autor, quando lhe for imposto algum dever pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, este Superior Tribunal firmou a compreensão de que é cabível "a aplicação de multas diárias coercitivas (astreintes), instituto que [...] tem origem no Processo Civil (art. 461, § 4º, CPC/1973 ou art. 537 do CPC/2015), **a terceiros que descumprem ordens judiciais proferidas na seara penal, mesmo em sede de inquérito policial**" (RMS n. 45.525/RN, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 29/6/2018, destaquei).

II. 4. Critérios para fixação do valor da multa

Se o art. 77 do CPC/2015 prevê **limites para a fixação do valor da multa punitiva**, o que também acontece nas hipóteses do art. 774 do referido diploma legal, o mesmo não ocorre com as astreintes.

Em algumas poucas oportunidades, manifestei-me sobre essa natureza, v. g. RMS n. 54.444/RJ (voto vencido). Nesses casos, cheguei a ponderar sobre os critérios de fixação das astreintes que, muitas vezes, parecia arbitrária e desproporcional. Na ocasião, propus a limitação prevista no § 5º do art. 77 do CPC.

Todavia, após refletir com mais vagar sobre o tema, entendo, pelas razões agora expostas, que a fixação nesse patamar, a despeito de servir como referencial objetivo que uniformizariam os critérios adotados pelo magistrado, **poderia acarretar em uma indesejável ineficácia da medida cominatória**, a depender do poder econômico daquele que sofre a sua imposição. De fato, o cumprimento da ordem judicial somente surtirá efeito se a medida cominatória for desvantajosa para aquele que a descumpra, situação

esta que somente é possível avaliar diante do caso concreto.

Segundo a orientação no *cível*, "o arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*)" (**AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.549.592/MA**, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, DJe 18/2/2020).

A ausência de limitação ou de critérios legais bem definidos para a fixação do valor das astreintes acaba por relegar, ao prudente arbítrio do magistrado, o estabelecimento de **montante que considera suficiente para possibilitar a cooperação das partes, de modo a desestimulá-las a adotar atitude que resulte no não cumprimento do comando judicial**.

A importância deve ser fixada, portanto, em quantia capaz de convencer o devedor de que o acatamento ao provimento judicial lhe é a saída mais favorável. Entretanto, ao mesmo tempo em que deve ser suficiente para reprimir a vontade daquela pessoa que pretende desobedecer a determinação judicial, "o montante da multa cominatória deve guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal cujo cumprimento se busca, sob pena de a parcela pecuniária ser mais atrativa ao credor que a própria tutela específica" (**REsp. n. 1.512.647/MG**, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, DJe 5/8/2015). De fato:

A medida do arbitramento das *astreintes* é sempre o equilíbrio, a razoabilidade. A fixação de multa em valores ínfimos não tem o condão, por si, de intimidar o devedor a dar cumprimento à ordem judicial, em desprestígio do Poder Judiciário. Por outro lado, o estabelecimento de multa em valor exorbitante, em razão de sua própria intangibilidade e provável (e necessária) reforma pelas instâncias superiores, também não dão ensejo ao cumprimento voluntário da obrigação judicial. Em comum, a inocuidade do comando (**REsp n. 1.537.731/MA**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, DJe 29/8/2017).

Há, por certo, algum grau de casuísmo na fixação do valor das

astreintes, na medida em que devem ser levadas em conta a situação econômica do devedor – quanto maior o poder econômico, maior será o valor da multa -, a magnitude das implicações de eventual resistência nas investigações, a própria gravidade do (s) crime (s) investigado (s) e a capacidade de resistir ao valor imposto. Como assinala Araken de Assis:

O valor da *astreinte* deve ser fixado de molde a quebrar a vontade do obrigado, desvinculado dos limites ideais de indenização do dano. Neste sentido, como visto, se manifestou a 3ª Turma do STJ (REsp. 43.389-4-RJ, 22.03.1994). Quer dizer, o órgão judiciário fixará multa numa quantia "suficiente para constranger" (PONTES DE MIRANDA). Para tal mister, nenhum outro critério substitui o do puro casuísmo. O juiz considerará o patrimônio do devedor – quanto mais rico, maior o valor da pena – e a magnitude da provável resistência, e preocupar-se-á apenas em identificar e aplicar um valor exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrário, capaz de ensejar o efeito pretendido pelo credor." (*Manual da execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 668-669).

O art. 537 do CPC, que autoriza a sua aplicação (na fase de conhecimento, por meio de tutela provisória, ou na fase executiva), implica o atendimento dos **critérios de suficiência e compatibilidade com a obrigação**, assinalando-se um **prazo que seja efetivamente razoável para o cumprimento do comando judicial**. Descumprida a determinação judicial no prazo estabelecido, a multa cominatória que pode ser fixa, periódica ou ainda, progressiva, incidirá imediatamente (art. 537, §4º CPC).

Se a **multa cominatória deve ter potencialidade suficiente para influir na vontade do devedor em adimplir a obrigação**, de igual modo deve o seu valor ser regido pelos **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Isso significa que o juiz, diante das peculiaridades do caso concreto, deve estar atento a se a multa é realmente útil e compatível com a necessidade de coagir a pessoa ao cumprimento da obrigação, e, em um segundo momento, se o valor e a periodicidade se afiguram razoáveis. Nesse sentido, destaco o seguinte aresto:

Cabe às instâncias ordinárias analisar, em cada caso concreto, o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; o tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); a capacidade econômica e de resistência do devedor; e a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o

próprio prejuízo (duty to mitigate de loss). Precedente: (AgInt. No AgRg. no AREsp. 738.682/RJ, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Relator p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17.11.2016, DJe 14.12.2016). (AgInt no AREsp n. 882.327/MG, Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 16/5/2017)

Logo, na linha dos precedentes desta Corte, não se mostra irrazoável ou desproporcional o valor arbitrado **nos mesmos moldes do caso ora sob exame**, notadamente diante do relatado quadro de renitência da empresa em cumprir a determinação judicial. Em verdade, noticiam os autos que, **embora ultrapassado apenas nove dias do prazo peremptório estabelecido, tardou mais de 7 meses, segundo o Parquet Federal (fl. 411), até o cumprimento da decisão**. Essa particularidade, aliada à grande capacidade econômica da empresa recalcitrante e à importância das informações que se destinavam a servir de apoio às investigações criminais por delitos de especial gravidade, autoriza o valor arbitrado, porque proporcional e razoável.

II. 5. Execução da multa e bloqueio de valores via Bacenjud ou determinação de inscrição na dívida ativa

Em alguns casos que aportam nesta Corte, o Magistrado de primeiro grau, ao impor a astreintes, determina que seja feito o bloqueio dos valores fixados via Bacenjud ou, em caso de descumprimento, seja remetida a dívida pra inscrição na dívida ativa. Na espécie, **o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal e Sistema Financeiro de Curitiba ordenou o pagamento, em 15 dias, sob pena de inscrição do débito na dívida ativa não tributária** (fl. 94).

Parcela significativa da doutrina, capitaneada por **Cândido Dinamarco**, defende que a execução das astreintes não pode ser imediata. Segundo o referido autor, "a exigibilidade dessas multas, havendo sido cominadas em sentença mandamental ou em decisão antecipatória de tutela específica [...], ocorrerá sempre a partir do trânsito em julgado daquela – porque antes o próprio preceito pode ser reformado" (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 540-541).

Em sentido diametralmente oposto, isto é, favoráveis à exequibilidade imediata da multa coercitiva, destacam-se **Eduardo Talamini**

(*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 259) e **Cassio Scarpinella Bueno** (*Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 417).

A jurisprudência desta Corte, **em recurso repetitivo, aderiu a entendimento intermediário**, ou seja, a multa coercitiva "somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo" (**REsp n. 1.200.856/RS**, Rel. Ministro **Sidnei Beneti**, Corte Especial, DJe 17/9/2014). O novo CPC, a esse respeito, parece haver dirimido quaisquer dúvidas ao prever, no art. 537, § 3º: "A decisão que fixa a multa é **passível de cumprimento provisório**, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte" (grifei).

Além disso, **a fixação de astreintes não consubstancia medida cautelar típica do processo penal e não constitui instrumento ou produto do crime. Possui natureza processual civil**, pois objetiva assegurar o acatamento da deliberação judicial. Isso acaba por repercutir no procedimento em que haja o propósito de executá-las provisoriamente, o qual deve se orientar pelo CPC. Portanto, **penso que a competência para requerer o levantamento desse valor refoge à competência do Juízo criminal**.

Não ignoro a existência de precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, todos na direção de que as astreintes podem ser executadas de imediato, pelo próprio Juízo criminal. No particular, merecem ser destacados os fundamentos externados pelo Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, os quais são adotados por esta Corte, que justificariam essa possibilidade:

Com a entrada em vigor do CPC/2015, as dúvidas a respeito do tema se dissiparam por completo, pois o art. 537, § 2º, previu, expressamente, que "o valor da multa será devido ao exequente". De ressaltar-se que, embora o art. 537 esteja inserido em capítulo que trata do cumprimento de sentença, o *caput* do art. 537 do novo CPC admite a imposição de tal multa também na fase de conhecimento.

Transportado o raciocínio do Direito Civil para o Direito Penal, vê-se que o titular do bem da vida postulado em juízo passa a ser o Estado, a pretensão punitiva (exceção feita à ação penal privada), que, portanto, se torna o destinatário do valor pago a título de multa diária.

Vê-se também que (1) é comum que, no Direito Penal, o descumpridor da ordem judicial seja um terceiro, que não é parte no processo, e (2) o comando judicial cautelar (como ocorre no caso concreto) pode ter como objetivo viabilizar a investigação e a coleta de provas ainda na fase inquisitorial, quando nem ainda nem há processo. Daí decorre que não existe, na seara penal, a perspectiva de que a multa seja devida apenas no caso de o réu vir a ser condenado. Assim sendo, **não existe motivo para condicionar-se a execução de seu valor à prolação de sentença.**

Sobre o tema, a Quinta e a Sexta Turma desta Corte definiram que “a imposição de *astreintes* à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil”, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, “a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal” (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016) (RMS n. 55.109/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 17/11/2017).

Em que pesem os substanciosos argumentos, aos quais aderi em algumas ocasiões, **refleti melhor sobre o tema**, à luz da nova sistemática processual civil que subsidia o instituto, e acabei por concluir em outra direção, que, penso eu, melhor reflete a necessária coerência que deve existir no sistema processual – tanto civil quanto penal.

Deveras, em ambos os sistemas, **não há similar compreensão de que a decisão judicial que impõe uma multa, seja de que natureza for, possa ser executada sem que haja, como precedente essencial, a ocorrência do devido processo legal.** No particular, precisas as ponderações da Ministra **Ellen Gracie Northfleet**, em **parecer jurídico** apresentado como memorial em caso similar, quando afirma:

Diante de tudo se conclui irrefutável, no caso em tela, o direito de o Consulente ter **garantido seu direito ao contraditório** e à **ampla defesa**, antes de se ver constrangido a cumprir determinação judicial que atinge sua esfera de interesses. A jurisprudência não deixa de censurar com nulidade as decisões judiciais que impeçam que a parte exerça sua ampla defesa e que produza provas que repute

indispensáveis à demonstração de suas alegações. **A decisão que impõe multa a sujeito que não é parte do processo, sem o devido contraditório e ampla defesa, viola, de forma direta, as garantias constitucionais do *due process of law*.**"

No âmbito penal, por exemplo, **até mesmo nas condenações que resultam na aplicação de multa (principal, alternativa ou cumulativa), não há a possibilidade de invasão sumária no patrimônio do réu.** O pagamento, quando voluntário, pode ser feito pelo sentenciado no prazo de 10 dias contados do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesses casos, ainda, o magistrado pode, de acordo com as circunstâncias e a requerimento do condenado, permitir que o pagamento seja realizado em parcelas mensais, iguais e sucessivas, com a precedente oitiva do Ministério Público.

Em verdade, o contraditório, ou, como também é conhecido, a *bilateralidade de audiência*, é uma verdadeira “**opção de civilidade**”, permitindo o desenvolvimento da atividade jurisdicional (civil ou criminal) de modo eficaz, escoreito e ético, tanto para quem provoca aquela atividade, quanto para aquele contra quem se pede a tutela em juízo.

Tal método de decidir, que potencializa a participação de todos os sujeitos do processo, vem ao encontro dos interesses da justiça, e por isso se apresenta como “*o caráter mais precioso e típico do processo moderno*” (PIERO CALAMANDREI, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, EJE, 1960, p. 148) pois “*...precisamente na contraposição dialética das posições contrárias se encontra facilmente o meio mais adequado para descobrir toda a verdade, iluminada sob seus mais diversos aspectos (Ibidem, p.157).*”

Semelhante concepção expressa ANTOINE GARAPON, ao dizer: “Qualquer discurso – exterior ao julgamento – deve poder ser contradito: é essa a verdade incontornável do processo. *Audi alteram partem*: ouve a outra parte. Daí a importância do contraditório que, mais do que ser uma garantia, revela a própria identidade do debate judiciário e de toda a justiça ocidental.” (*Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*, Trad. Pedro Filipe Henriques, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p. 151).

Não é sem motivo, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 deu relevo ainda maior a essa regra de bem julgar, ao inscrever, logo no seu art. 9º que: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

No âmbito processual penal essa tendência a conferir maior grau de participação na formação da decisão judicial se consolidou com a nova redação dada ao art. Do CPP pela Lei nº 13.964/2019, *verbis*:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

Logo, se a regra reporta-se às partes, *a fortiori* deve incidir também quando se trata de terceiro estranho à relação processual, como na hipótese em exame.

Ressalte-se que, quanto ao procedimento e à legitimidade para deflagrar o processo de cobrança ou execução da **pena de multa**, esta Corte tem afirmado, de modo pacífico, que **ela deve ser solvida por meio da adoção dos procedimentos próprios do processo executivo**, com o detalhe de que, com a vigência da nova redação dada ao art. 51 do Código Penal, *ex vi* da Lei n. 13.964/2019, a competência para a execução da multa penal é do juízo da execução penal, "aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública".

Assim, **se a própria condenação por crime não permite a sumária invasão patrimonial** com a finalidade de satisfazer uma obrigação imposta por decisão com trânsito em julgado, **admitir a execução imediata das astreintes**, por mais que se proceda com algum objetivo de interesse público, **vai de encontro à lógica do sistema**.

Frise-se, por oportuno, que, mesmo considerada como medida assecuratória atípica, **não encontro justificativa para a expropriação patrimonial imediata**, notadamente por se tratar de **instrumento de natureza processual civil** e, portanto, sujeito às regras procedimentais distintas daquelas que se aplicam às medidas cautelares ou assecuratórias típicas do processo penal.

Uma coisa é a fixação da quantia para coagir a parte; outra é a cobrança desse valor, cujo procedimento deve observar o devido processo legal.

Além disso, reputo equivocada a permissão de que se execute o montante estipulado perante o juízo criminal, haja vista tratar-se de **instituto eminentemente processual civil**. No particular, por oportuno, destaco o seguinte aresto:

1. O juízo criminal, ao aplicar multa cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados decorrentes da quebra de sigilo determinada em inquérito policial, **estabelece com ela uma relação jurídica de natureza cível**, seja porque o responsável pelo cumprimento da ordem judicial não é parte no processo criminal, seja porque a aplicação de multa por eventual descumprimento - ou retardo no adimplemento - tem amparo no art. 475-J do Código de Processo Civil. (REsp n. 1.455.000/PR, Rel. p/acórdão Ministro Rogério Schietti, DJe 9/4/2015, destaquei)

Faço lembrar de hipótese com semelhante raciocínio, a **actio civilis ex delicto**, que deve ser ajuizada pelo ofendido **na esfera cível**, a objetivar indenização por dano causado pela infração penal, quando existente.

Logo, as astreintes não podem ser objeto de execução pelo próprio juízo criminal, de tal sorte que a ele não é permitido determinar o bloqueio, via Bancenjud, de ativos do recorrente. Deveras, tratando-se de medida que **pode ser executada provisoriamente**, deve haver a observância dos procedimentos relativos à **execução judicial**.

O mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso em que há a determinação de imediato pagamento, **sob pena de inscrição na dívida ativa da União (hipótese dos autos)**. Embora na espécie, por se tratar de multa imposta em procedimento criminal, não haja possibilidade de conversão do valor em benefício de uma das partes, como ocorre no processo civil, essa reversão em favor da União **deve ser precedida do devido processo legal**, a fim de constituir, em definitivo, **o crédito não tributário** (liquidez e certeza).

Com efeito, dispõe o art. 2º da Lei n. 6.830/1980 que a Dívida Ativa da Fazenda Pública pode ser **tributária ou não tributária**, conforme a definido na Lei nº 4.320/1964, *in verbis*:

Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de

1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

1º – Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

2º – A Dívida Ativa da Fazenda Pública, **compreendendo a tributária e a não tributária**, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

Por seu turno, o art. 39 da Lei n. 4.320/1964 define os créditos passíveis de inscrição em Dívida Ativa, dispondo no §2º acerca dos créditos tributários e não tributários:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

[...]

2º – Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, **multa de qualquer origem ou natureza**, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

Importa salientar que o conceito de dívida ativa (tributária ou não tributária) envolve somente os créditos certos e líquidos. Dessa forma, se **estiver ausente a liquidez e certeza quanto aos valores cobrados, é impossível sua cobrança por meio do processo de execução fiscal. A apuração da liquidez e certeza é requisito do crédito para que ele seja considerado apto à inscrição em dívida ativa.**

Deveras, conforme orientação desta Corte, **o conceito de dívida ativa envolve apenas os créditos certos e líquidos**. Assim, "tanto a dívida ativa tributária como a não tributária requer o preenchimento desses

requisitos" (**REsp n. 1.172.126/SC**, Rel. Ministro **Humberto Martins**, DJe 25/10/2010). Ausente a liquidez e certeza em relação aos valores cobrados, já que objeto de impugnação da parte interessada, impossível sua conversão em dívida ativa e imediata cobrança.

II.6. Cumprimento da ordem e manutenção das astreintes

Em primeiro lugar, importa salientar que a decisão que arbitra as astreintes não faz coisa julgada, podendo ser revista a qualquer tempo. Nesse sentido: "A decisão que arbitra astreintes, instrumento de coerção indireta ao cumprimento do julgado, não faz coisa julgada material, podendo, por isso mesmo, ser modificada, a requerimento da parte ou de ofício, seja para aumentar ou diminuir o valor da multa ou, ainda, para suprimi-la. Precedentes" (**REsp n. 1.736.832/SC**, Rel. Ministro **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe 6/3/2019).

Além disso, "a multa cominatória prevista no art. 461, do CPC, carrega consigo o caráter de precariedade, de forma que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença que confirmou a antecipação, não se reveste o valor da multa do caráter de definitividade, liquidez e certeza, pressupostos para a execução segundo o rito do art. 475-J do CPC. O valor fixado provisoriamente a título de multa diária deve merecer acerto, antes do início de sua execução, da qual será pressuposto o exercício, pelo magistrado, do juízo acerca do retardamento injustificado, de parte ou de toda a obrigação; o estabelecimento do termo inicial e final da multa e de seu valor definitivo. Apenas após este acerto judicial, a execução da multa seguirá o rito do art. 475-J" (**REsp n. 1239714/RJ**, Rel. p/acórdão Ministra **Maria Isabel Gallotti**, DJe 17/2/2012).

Outro aspecto relevante é o de que "o valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, e não pelo simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor" (**AgInt no REsp n. 1.709.209/AL**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, DJe 5/4/2018).

Logo, o cumprimento da determinação judicial *a posteriori*, embora até possa ensejar a diminuição do valor da multa, a depender do grau de recalcitrância da parte e das circunstâncias de fato do caso concreto, não tem o condão de suprimir a multa em si considerada. Do contrário, todos cumpririam as determinações quando bem entendessem, uma vez que a multa, quando cumprida a obrigação, seria desconstituída. Ou seja,

as astreintes, se considerada sua desconstituição, em qualquer caso, pelo cumprimento, serviria, na verdade, como verdadeiro estímulo ao não cumprimento imediato das decisões judiciais.

III. DISPOSITIVO

Em razão do exposto, dou **parcial provimento ao recurso**, a fim de **determinar ao** juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, da Seção Judiciária do Paraná, responsável pelo caso, **que se abstenha de inscrever, em dívida ativa não tributária, o valor arbitrado a título de multa** pelo não cumprimento da decisão judicial destinada ao fornecimento de informações pela FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. **Já tendo sido determinada tal inscrição, que se proceda ao seu imediato cancelamento.**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2015/0296413-4

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.568.445 / PR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003100320134040000 1455000 200970000261664 201401166862 3100320134040000

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 10/06/2020

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) -
SP124516

FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487

RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029

ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569

VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator), dando parcial provimento ao recurso especial, a fim de determinar ao Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba - SJ/PR que se abstenha de inscrever, em dívida ativa não tributária, o valor arbitrado a título de multa pelo não cumprimento da decisão judicial destinada ao fornecimento de informações e, já tendo sido determinada tal inscrição, que se proceda ao seu imediato cancelamento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.445 - PR (2015/0296413-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) - SP124516

FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487

RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029

ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569

VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÕES DO STF. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. MEDIDAS CONSTRITIVAS SOBRE O PATRIMÔNIO DE TERCEIROS. BACEN-JUD E INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Estes autos não cuidam da criptografia de ponta-a-ponta, matéria cuja constitucionalidade encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (ADI 5527, de relatoria da Min. Rosa Weber e ADPF 403, do Min. Edson Fachin).

2. O Facebook Brasil é parte legítima para representar, nos Brasil, os interesses do WhatsApp Inc, subsidiária integral do Facebook Inc. “Com o fim de facilitar a comunicação dos atos processuais às pessoas jurídicas estrangeiras no Brasil, o art. 75, X, do CPC prevê que a pessoa jurídica estrangeira é representada em juízo 'pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil' e o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que o 'gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo'. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões "filial, agência ou sucursal" não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.” (HDE 410/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019). A regras advinda do precedente não deve, no caso concreto, ficar restrita à possibilidade de citação e intimação, sem possibilitar a cominação de multa. Interpretação restritiva tornaria inócua a previsão legal, pois, uma vez intimada, bastaria à representante nada fazer. Portanto, a possibilidade das astreintes revela-se imperiosa até para que se dê sentido ao dispositivo.

3. Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria.

Superior Tribunal de Justiça

4. "A finalidade da multa é coagir (...) ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade", destinada a convencer o seu destinatário ao cumprimento". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 684-685).

5. Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. O princípio do nemo tenetur se detegere e da vedação à analogia in malam partem são garantias em favor da defesa (ao investigado, ao indiciado, ao acusado, ao réu e ao condenado), não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual-penal, não existe risco de privação de liberdade de terceiros instados a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos, em que são pessoas jurídicas. Trata-se, pois, de poder conferido ao juiz, inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.

6. A teoria dos poderes implícitos também é fundamento autônomo que, por si só, justifica a aplicação de astreintes pelos magistrados no processo criminal.

7. Sobre a possibilidade do bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud ou aplicação de outra medida constritiva sobre o patrimônio do agente, é relevante considerar dois momentos: primeiramente, a determinação judicial de cumprimento, sob pena de imposição de multa e, posteriormente, o bloqueio de bens e constrições patrimoniais. No primeiro, o contraditório é absolutamente descabido. Não se pode presumir que a pessoa jurídica intimada, necessariamente, descumprirá a determinação judicial. Quando do bloqueio de bens e realização de constrições patrimoniais, o magistrado age em razão do atraso do terceiro que, devendo contribuir com a Justiça, não o faz. Nesse segundo momento, é possível o contraditório, pois, supondo-se que o particular se opõe à ordem do juiz, passa a haver posições antagônicas que o justificam.

8. No caso concreto, o Tribunal local anotou que as informações requisitadas só foram disponibilizadas mais de seis meses após a quebra judicial do sigilo e expedição do primeiro ofício à empresa. Logo, não se verifica o cumprimento integral da medida.

9. Em relação à proporcionalidade da multa, o parâmetro máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado por esta Corte em caso assemelhado, na QO-Inq n. 784/DF, foi observado. Assim, não merece revisão

10. Recurso especial desprovido.

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de recurso especial interposto por **FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA**, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAÇÃO DE DELITO SUPOSTAMENTE PRATICADO ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE

COMPUTADORES. FORNECIMENTO DE DADOS E CONTEÚDOS QUE, SERIAM ADMINISTRADOS POR EMPRESA SEDIADA NO EXTERIOR. OBSERVÂNCIA DAS VIAS DIPLOMÁTICAS. DESNECESSIDADE. ATRASO NO CUMPRIMENTO DA ORDEM. PREJUÍZO A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em matéria de Direito Civil a jurisprudência vem se inclinando para a responsabilização do provedor brasileiro pela omissão na retirada de conteúdo da internet a partir da ciência da existência de material ofensivo/ilícito, mesmo no caso em que esse se encontre armazenado em provedor administrado por empresa sediada no exterior, porque ambos são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, em face da aplicação do princípio da aparência.

2. Na linha da recente orientação do Superior Tribunal de Justiça em situação análoga, em se tratando de pessoa jurídica regularmente instalada no País, comprovadamente tendo por sócio o provedor estrangeiro, e ausente impossibilidade técnica para o fornecimento dos dados sigilosos requisitados pelo juízo, não se cogita da necessidade de observância das vias diplomáticas, especialmente o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – MLAT, descabendo se falar em material de prova forâneo. Se, eventualmente, o provedor brasileiro não tem acesso às informações necessárias para o cumprimento da determinação, incumbe-lhe a obtenção perante a sócia estrangeira.

3. A análise de retardamento justificado no cumprimento da ordem deve pautar-se por um juízo de razoabilidade e proporcionalidade que, no caso, reclama sejam considerados não apenas o tempo decorrido desde o esgotamento do prazo fixado pelo magistrado, sob pena de aplicação de multa diária, mas todos os eventos que se sucederam desde a quebra judicial do sigilo, à vista da natureza da medida, a qual buscava a coleta de elementos de prova em inquérito instaurado para apuração de delito, supostamente praticado através da rede mundial de computadores. 4. No caso, sem embargo de eventuais problemas de ordem técnica para a entrega do material faltante no prazo estabelecido, a vinda da totalidade das informações requisitadas ocorreu mais de 06 (seis) meses após aquele marco e a expedição do primeiro ofício à agravante, o que contribuiu para paralisação da investigação, não se mostrando hábeis as justificativas apresentadas pela empresa para arredar a responsabilidade quanto ao cumprimento da determinação.

5. Ausente circunstância a arredar a manutenção da penalidade imposta, é de ser improvido o agravo de instrumento que visa a contrastá-la. " (E-STJ, fls. 183-184).

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos sem efeitos modificativos (e-STJ, fls. 303-333).

Nas razões do recurso especial, o recorrente alega, em suma: a) ilegalidade da aplicação de multa diária a terceiro; b) ilegalidade da imposição de multa em razão do cumprimento da ordem; c) a necessidade de revisão do valor da condenação.

O eminente relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, entendeu pela aplicação da multa, mas pela impossibilidade da utilização do Bacen-Jud ou da inscrição direta do débito na dívida ativa da União em razão da necessidade de se observar o devido processo legal, razão pela qual deu parcial provimento ao recurso especial para que o Juízo Criminal se abstenha de

Superior Tribunal de Justiça

quaisquer atos que gerem constrição do patrimônio da recorrente.

Pedi vista para melhor analisar essa questão da possibilidade da utilização do Bacen-Jud.

Ressalte-se que, nestes autos, não se cuida do tema afeto ao Supremo Tribunal Federal, qual seja, "criptografia de ponta a ponta".

É o relatório.

Decido.

Primeiramente, conforme já anotado acima, cumpre destacar que estes autos não cuidam da criptografia de ponta-a-ponta, matéria cuja constitucionalidade encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (ADI 5527, de relatoria da em. Min. Rosa Weber, e ADPF 403, da relatoria do em. Min. Edson Fachin).

Com efeito, é importante destacar que, apesar de os processos de que pedi vista terem tido início em julgamento conjunto, não tratam todos eles da criptografia de ponta a ponta. Em verdade, apenas um deles, o RMS 60.531/RO, traz a discussão sobre a matéria. Assim, em observância ao efeito devolutivo dos recursos e à constatação da prescindibilidade da temática para a solução dos demais processos, trazem-se a julgamento todos aqueles feitos em que não se teve, nas razões recursais, a alegação de impossibilidade de cumprimento da ordem judicial face à criptografia assimétrica ou também chamada de criptografia de ponta-a-ponta.

Feito esses esclarecimentos, passo à análise deste recurso.

Pedindo venia ao eminente relator, trago entendimento em sentido contrário, ou seja, admito a utilização do Bacen-Jud nas hipóteses de fixação de astreintes pela demora ou não cumprimento de ordem emanada do Juízo Criminal.

1. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC

Inicialmente, vale lembrar que as normas de processo civil aplicam-se de forma subsidiária ao processo penal. Nesse sentido, observe-se o teor do art. 3º do Código de Processo Penal:

"Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

A partir dessa norma, é possível concluir haver

"duas formas de aplicação das disposições do CPC ao processo penal: expressa e analógica. Esta última ainda é subdividida entre aplicação analógica supletiva e subsidiária. Por aplicação expressa entende-se aquela em que há menção da utilização dos artigos do CPC no próprio Código de Processo Penal. As aplicações analógicas, por sua vez, são aquelas em que o CPP não traz expressamente os artigos do CPC a serem aplicados, mas eles o são para preencher lacunas (aplicação supletiva) ou para complementar as normas trazidas pelo diploma legal (aplicação subsidiária)."

(SILVEIRA, Laís Menna Barreto de Azevedo. Aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/lais-silveira-aplicacao-cpc-proceso-penal>> Acesso em: 24 de mar. 2020.).

Não obstante, por lealdade, é interessante ressaltar que o novo Código de Processo Civil não prevê expressamente o suprimento do processo penal por suas normas. "Isso porque o artigo 15 do CPC traz a seguinte redação: 'Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão

aplicadas supletiva e subsidiariamente'. Da leitura do artigo, percebe-se que não há menção aos processos penais, o que trouxe duas correntes sobre a sua possibilidade de aplicação: a primeira determina que o rol trazido pelo CPC é exemplificativo, o que permite o acréscimo dos processos penais às possibilidades de aplicação analógica; a segunda, por sua vez, defende a taxatividade do rol, excluindo os processos penais e determinando o preenchimento de suas possíveis lacunas com a aplicação do Código de Processo Penal Militar. Prevalece, no entanto, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do CPP com os dispositivos do CPC." (Idem).

A jurisprudência desta Corte, seguindo a doutrina majoritária, não titubeia quanto à aplicabilidade das normas processuais civis ao processo penal, desde que haja lacuna a ser suprida:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO, TORTURA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE CRIME MILITAR. LEI N. 13.491/2017. SENTENÇA DE MÉRITO NÃO PROFERIDA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. (IN)COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES MILITARES CONEXOS AO CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. JURISDIÇÕES DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 102, ALÍNEA "A", DO CPPM. SÚMULA N. 90/STJ. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS CRIMES MILITARES PERANTE A JUSTIÇA CASTRENSE.

1. Diante da alteração legislativa inaugurada pela Lei n. 13.491/2017, que ampliou o conceito de crime militar para além daqueles previstos no Código Penal Militar, considera-se a natureza militar dos crimes de tortura e de falsidade ideológica praticados por policiais militares em exercício, atraindo, portanto, a competência da Justiça Castrense.

2. A suposta conexão entre os crimes dolosos contra a vida e os delitos sob administração militar não resulta, automaticamente, na reunião dos processos perante o Tribunal do Júri, diante de vedação expressa contida no art. 102, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar, bem como no enunciado da Súmula n. 90 desta Corte Superior.

3. Na espécie, tendo em vista que ainda não houve julgamento pelo Conselho de sentença, "tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar" (CC n. 160.902/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 18/12/2018).

4. Recurso ordinário em habeas corpus provido para determinar o desmembramento do feito, devendo ficar os crimes militares com a Justiça Castrense."

(RHC 116.585/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 25/10/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não obstante a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, o prazo para a interposição de agravo interno ou regimental é de 5 dias corridos, conforme estabelecem os arts. 39 da Lei 8.038/90 e 258, caput, do RISTJ.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 1.573.192/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020).

Assim, não há outro caminho que não o de reconhecer a aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria.

Como cediço, a lei processual penal não tratou, detalhadamente, de todos os poderes conferidos ao julgador no exercício da jurisdição. Portanto, quando houver omissão, legitima-se a aplicação subsidiária do CPC.

2. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA

Primeiro, convém salientar que se reconhece a distinção doutrinária entre os institutos da multa *tout court* e das *astreintes*. Contudo, nesta decisão, por uma questão prática, os termos são adotados como sinônimos.

Feito esse destaque, impõe-se rememorar que, no processo civil, a multa cominatória, quando surgiu no ordenamento, foi alvo de amplo debate doutrinário. Ada Pellegrini Grinover explica que

"durante muito tempo a resistência do obrigado foi vista como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A intangibilidade da vontade humana era elevada à categoria de verdadeiro dogma, retratado pelo artigo 1.142 do Código Civil francês, pelo qual 'toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor'.

(GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 253).

Newton Marzagão expõe que, desde 1994, o magistrado passou a contar com um verdadeiro arsenal, podendo determinar, de ofício, e quando necessário à consecução da tutela específica: a busca e apreensão de coisas, o desfazimento de obras, a remoção de pessoas e, principalmente, impor à parte recalcitrante multa coercitiva, conhecida como *astreintes*. (p. 21). Eduardo Talamini leciona que a tutela específica é

"a tutela que confere ao titular do direito o mesmo bem que ele teria se não houvesse a transgressão, e 'genérica' a que propiciaria o equivalente pecuniário. (...) [G]enérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor - seja mediante direta consecução do numerário, seja pela transformação de outros bens em pecúnia, através de expropriação. Específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro"

(TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer - e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 229 e 230).

Como se vê, portanto, a multa cominatória surge, no direito brasileiro, como uma

alternativa à crise de inefetividade das decisões, um meio de se infiltrar na vontade humana até então intangível e, por coação psicológica, demover o particular de possível predisposição de descumprir determinada obrigação.

Sem deixar de lado a execução por sub-rogação, até então a única forma executiva, por meio da qual o Estado vence a resistência do executado substituindo sua vontade, com a consequente satisfação do direito, passa-se a prestigiar também a execução indireta. Nesta, "o Estado-juiz não substitui a vontade do executado; pelo contrário, atua de forma a convencê-lo a cumprir sua obrigação (...). O juiz atuará de forma a pressionar psicologicamente o executado" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016, pp. 968-969).

Logo, percebe-se que "A finalidade da multa é coagir (...) ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade", destinada a convencer o seu destinatário ao cumprimento.

Além disso,

"o valor da multa coercitiva não tem qualquer relação com o valor da prestação que se quer observada mediante a imposição do fazer ou não fazer. As *astreintes*, para convencer o réu a adimplir, devem ser fixadas em montante suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que 'desconsiderar a ordem do juiz. Para o adequado dimensionamento do valor da multa, afigura-se imprescindível que o juiz considere a capacidade econômica do demandado. Se a multa não surte os efeitos que dela se esperam, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o demandado desobediente. A decisão que a fixa, atendidos os pressupostos legais, pode ser executada para obtenção de quantia certa contra o demandado."

(MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 684-685. Grifou-se).

Assim, verificada a aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Processo Penal, quando não houver norma específica, bem como a finalidade da multa cominatória, que é conferir efetividade à decisão judicial, imperioso concluir pela possibilidade de aplicação da medida em demandas penais.

Note-se que essa multa não se confunde com a multa por litigância de má-fé, esta sim refutada pela jurisprudência pacífica desta Corte:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. [...] MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SEARA PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

...

4. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é cabível a imposição de multa por litigância de má-fé no âmbito do processo penal, porquanto sua aplicação constituiria indevida analogia in malam partem, haja vista ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal. Precedentes.

5. Ordem parcialmente concedida somente para afastar a multa por litigância de má-fé aplicada pelo Tribunal de origem."

(HC 401.965/RJ, desta relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 26/9/2017, DJe 6/10/2017).

"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO INFUNDADO. NÍTIDO CARÁTER PROTTELATÓRIO. DESVIRTUAMENTO DO CÂNONE DA AMPLA DEFESA. ABUSO DE DIREITO. DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

...

2. Não obstante na esfera penal não ser viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é perfeitamente possível, até mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, a baixa dos autos à origem, independentemente da publicação do acórdão recorrido.

3. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de imediata baixa dos autos à origem, independentemente da publicação deste acórdão e da eventual interposição de outro recurso, devendo a Coordenadoria de Recursos Extraordinários certificar o trânsito em julgado."

(EDcl nos EDcl no AgRg no RE no AgRg no AREsp 1.366.977/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/10/2019, DJe 30/10/2019).

Além disso, é importante observar que o poder geral de cautela, com previsão no Código de Processo Civil, também tem incidência no processo penal.

Veja-se, antes de mais nada, o disposto na norma processual civil:

"Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

...

IV - determinar **todas as medidas** indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias **necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial**, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;" (Grifou-se).

Como aponta a doutrina mais atualizada, é verdade que (especialmente há alguns anos):

"parte da doutrina processualista penal não reconhece o poder geral de cautela em tal seara [isto é, no processo criminal], sob o argumento de que "a admissão de cautelares não previstas em lei pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade" [cita-se OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2015, p. 523]. Para tal linha de pensamento, uma maior "flexibilidade" no processo civil é autorizada em razão da natureza da matéria envolvida, sem repercussão direta na liberdade pessoal.

...

A realidade fática, todavia, revelou casos em que, embora tecnicamente cabível a prisão preventiva, poder-se-ia cogitar da imposição de medida cautelar menos gravosa ao réu, ainda que sem previsão legal. É o caso da retenção de passaportes de acusados, na hipótese de haver indícios de probabilidade de fuga do país. Em situações assim, o Superior Tribunal de

Superior Tribunal de Justiça

Justiça decidiu reiteradamente que não faria sentido impor uma medida mais grave, reconhecendo, portanto, o poder geral de cautela no processo penal [refere-se, neste passo, o HC 2.868-6/SP, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 13.12.95, portanto **muito antes da Lei 12.403/2011**, que inseriu várias medidas cautelares diversas da prisão no CPP]. No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal [transcreve-se a ementa do HC 94.147/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 27.05.2008, também **anterior** à mencionada **Lei 12.403/2011**]

....

Com a Lei 12. 403/2011 foram introduzidas no CPP diversas medidas cautelares pessoais que antes eram impostas com base no poder geral de cautela (...). Após a inovação legislativa, há quem sustente que o legislador teria sido taxativo em tal rol, não se podendo cogitar de outras medidas cautelares pessoais. Equivoca-se tal entendimento (...) por desconsiderar até mesmo as razões da inovação legislativa, não sendo razoável presumir que o legislador teria esgotado todas as hipóteses possíveis, numa espécie de retorno a uma postura positivista exegética, inimaginável nos dias atuais. Assim, defende-se que outras **medidas podem ser impostas** ao acusado, **fora do rol do art. 319 do CPP**, seja como medida cautelar substitutiva de uma prisão preventiva cabível (o que é evidentemente favorável ao acusado), seja como medida cautelar em hipótese de não cabimento da prisão preventiva, com o objetivo de **tutelar outros direitos fundamentais que não os do acusado, de forma excepcional.**"

(TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães, Das medidas cautelares no processo penal: um esboço à luz do regramento da tutela provisória no novo CPC, em Processo Penal (coleção Repercussões do novo CPC), coordenadores CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio et CRUZ, Rogerio Schietti. Salvador, Juspodivm, 2016, pp. 229/231. Os grifos não são do original).

Tanto é assim que, quanto à aplicabilidade desse poder no processo penal, é possível encontrar precedentes recentes do Plenário da Suprema Corte (alguns, mesmo, posteriores à Lei 12.403/2011):

"MEDIDA CAUTELAR EM PETIÇÃO. MATÉRIA PENAL. REQUERENTE CUSTODIADO. TRANSFERÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PODER GERAL DE CAUTELA. PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO. 1. Considerando o preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela provisória, especialmente a urgência da medida, e diante do poder geral de cautela, o Tribunal Pleno, por maioria, referendou decisão do Relator no sentido do acolhimento parcial dos requerimentos formulados, sustando-se, até o julgamento definitivo desta Petição, os efeitos da decisão proferida em primeiro grau no que se refere à modificação do local de custódia do requerente. 2. Pedido parcialmente deferido."

(Pet 8312 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2019).

"Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a

Superior Tribunal de Justiça

situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP). 2. Habeas corpus denegado."

(HC 93157, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008).

Registre-se, ainda, o seguinte trecho do voto do em. Min. Gilmar Mendes, na ADPF 444/DF, que restringiu o poder geral de cautela do julgador criminal, sem contudo negá-lo em absoluto:

"Não se permite, portanto, **em sede de direito de ir e vir**, o denominado **poder geral de cautela do juiz**, que ignore o artigo 260 do CPP, pois em matéria de privação de liberdade de locomoção deve existir expressa previsão legal.

A garantia individual de somente ser privado do direito de ir e vir nas hipóteses taxativamente estabelecidas na lei é uma das mais importantes previsões históricas. Nos estratos do Segundo Instituto, o grande magistrado inglês COKE, em 1642, ao comentar a Magna Carta, por ordem da Câmara dos Comuns, afirmou, no capítulo 29: "que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra"; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal.

Assim ocorre com as previsões expressas das hipóteses de prisões em flagrante, temporária, preventiva e, também, aqui, na questão da condução coercitiva."

(Grifou-se).

Veja-se que ao juiz somente foi obstado o emprego de cautelares inominadas que atinjam a liberdade de ir e vir do indivíduo. No âmbito desta Corte, também se veem precedentes em idêntico sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO DE PENA EM REGIME ABERTO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES IMPOSTAS. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL. OITIVA PRÉVIA DO APENADO OU INSTAURAÇÃO (PRÉVIA) DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). PRESCINDIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

...

2. Na hipótese vertente, o Juízo das Execuções Penais, por ter o sentenciado descumprido as regras do regime aberto, determinou a regressão cautelar de regime sem prévia oitiva judicial ou instauração (prévia) de PAD. O Tribunal de origem, por sua vez, não conheceu do writ lá impetrado contra o referido decisum, ressaltando que: No caso presente, verte das informações prestadas pela autoridade dita coatora, datadas de 09.08.2019, que o Paciente cumpria pena privativa de liberdade em regime aberto desde 07.06.2019, mediante aceitação e observância das condições impostas.

Todavia, tendo em vista o não comparecimento do Paciente em Juízo para cumprimento das condições impostas, foi proferida a decisão provisória, **através do poder geral de cautela**, que determinou a transferência do cumprimento da pena privativa de liberdade para o regime prisional fechado, aguardando-se a intimação das partes (fls. 25/26). Verifico, assim, que o I. Magistrado fundamentou suficientemente a sua decisão, no sentido da necessidade de decretar, cautelarmente, a sustação do regime aberto, determinando a regressão provisória ao regime fechado (fls. 11/17), o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

3. Tal posicionamento encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que, tratando-se de regressão cautelar, não é necessária a prévia ouvida do condenado ou instauração (prévia) de PAD, como determina o § 2º do art. 118 da Lei de Execução Penal, visto que esta exigência somente é obrigatória na regressão definitiva ao regime mais severo, sob pena de contrariar a finalidade da medida.

4. Registre-se, por oportuno, que a rediscussão da matéria (controvérsia acerca do descumprimento, ou não, das regras do regime aberto, deixando o reeducando de se apresentar em juízo), mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão da instância originária, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático-probatório.

5. Inexistência de ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício.

6. Habeas corpus não conhecido."

(HC 533.286/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019. Grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DE PRISÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VEDAÇÃO A MANTER CONTATO COM CRIANÇAS E ADOLESCENTES. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA NA VIA DO HABEAS CORPUS. CONTEMPORANEIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. NECESSIDADE DE ABRANDAMENTO DA MEDIDA PARA POSSIBILITAR O EXERCÍCIO DA DOCÊNCIA NO ENSINO MÉDIO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A divergência entre o depoimento que estrutura a acusação prestado na fase de inquérito com aquele prestado em juízo, não deve ser objeto de análise nesta Corte Superior, pela via do habeas corpus, porque não cabe dilação probatória, devendo o ato coator ser flagrante. Ademais, para determinação das medidas cautelares alternativas não é necessário juízo de certeza quanto à autoria e materialidade, bastando indícios.

2. Sendo o crime de estupro de vulnerável praticado em 4/12/2017, então, é contemporânea a cautelar de proibição de manter contato com crianças e adolescentes determinada de ofício pelo Tribunal a quo em 12/4/2018.

3. Ressalvada pessoal compreensão diversa, esta Sexta Turma entende que, por **força do poder geral de cautela**, de forma excepcional e motivada poderá o magistrado impor ao perseguido medida cautelar inclusive atípica, evitando proporcional e adequadamente riscos ao processo ou à sociedade.

4. A vedação de o paciente manter contato com crianças e

adolescentes, exceto aqueles de seu vínculo familiar, pode comprometer totalmente o exercício de sua profissão de professor.

Reduzida a limitação para impedir o magistério no ensino fundamental.

5. Agravo regimental parcialmente provido para limitar sua docência ao ensino médio."

(AgRg no HC 527.078/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019. Grifou-se).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL NA CONDUÇÃO DE EMBARCAÇÃO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. MEDIDAS CAUTELARES. PROIBIÇÃO DE PILOTAR EMBARCAÇÃO E COMPARECIMENTO MENSAL EM JUÍZO. NÃO ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e, desse modo, proteger a própria sociedade (ordem pública).

2. Além do mais, **por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, não há óbice ao magistrado impor ao investigado ou acusado medida cautelar atípica**, a fim de evitar a prisão preventiva, isto é, mesmo que não conste literalmente do rol positivado no art. 319 do CPP, o alcance das hipóteses típicas pode ser ampliado para, observados os ditames do art. 282 do CPP, aplicar medida constritiva adequada e necessária à espécie ou, ainda, pode ser aplicada medida prevista em outra norma do ordenamento.

3. Na hipótese em apreço, em que o réu foi denunciado pela prática de homicídio qualificado e lesão corporal em decorrência de atropelamento com embarcação, a título de dolo eventual, com base em "rumores" de que, após os fatos típicos, estaria a conduzir embarcações, mostram-se inadequadas as medidas cautelares impostas (proibição de pilotar embarcações e obrigação de comparecimento mensal).

4. Isso porque os fatos típicos ocorreram há mais de dois anos, sem ainda haver pronúncia, impedindo o réu (pescador profissional) de pilotar embarcações, muito embora o Estado, depois dos eventos (morte e lesão), o tenha considerado apto para tanto - diante da posterior Habilitação de Amador do Paciente (Arrais Amador e Motonauta) e da emissão de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), na categoria de pescador profissional -, tudo a evidenciar a inadequação das restrições parciais provisórias.

5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar as medidas alternativas aplicadas ao Paciente, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de decretação de novas medidas cautelares, se concretamente demonstrada a necessidade." (HC 469.453/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 01/10/2019. Grifou-se).

A doutrina mais atual não destoa dessa trilha. A propósito, confirmam-se os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

“Restrições à prova. Todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo penal, salvo as que disserem respeito, por expressa vedação deste artigo, ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, cidadania, entre outros).

Nessa hipótese, deve-se acatar o disposto na lei civil. Exemplo disso é a prova do estado de casado, que somente se faz pela apresentação da certidão do registro civil, de nada valendo outro meio probatório. No mais, as restrições fixadas na lei civil não valem no processo penal.

Ilustrando, podemos lembrara que a lei processual civil autoriza que o juiz indefira a produção de prova testemunhal, quando versar sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte” ou quando “só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” (art.400, CPC). Tal restrição não vige em processo penal, pois, não dizendo respeito ao estado das pessoas – única limitação admitida – pode a parte pretender ouvir testemunhas, ainda que seja para contrariar algo constante em qualquer tipo de documento ou mesmo para confirmara ou afastar a credibilidade da confissão, cujo valor é relativo na esfera criminal. De outra parte, como o magistrado não está atrelado ao laudo pericial (art.182,CPP), também podem ser ouvidas testemunhas para derrotar a conclusão do perito. No mais, verifique-se o disposto pelo art. 369 do CPC: 'as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz". (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 307).

Na mesma linha, Tourinho Filho explica que, quanto aos meios de produção das provas, o processo penal adota a regra da liberdade, admitindo-se todos aqueles que não contrariem o ordenamento jurídico. Ou seja, a princípio, não existe limitação aos meios de provas, “com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 435).

Confira-se ainda a lição do professor Mirabete:

“o princípio da liberdade probatória (...) não é absoluto. Dispõe o artigo 155 do CPP que, no processo penal, **'somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil'**. Assim, por exemplo, o casamento prova-se pela certidão de registro (art. 1543 do CC) e, por isso, a agravante prevista no artigo 61, II, e, do CP, só pode ser reconhecida com a juntada aos autos do citado documento. Também a prova de que o o acusado era menor ao tempo do crime, para fins de atenuante (art.63, I, do CP) ou redução do prazo de prescrição (art.115, do CP), exige certidão de nascimento”.

(MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p.252. Grifou-se).

Marcelo Mendroni muito bem resume a lógica que deve ser empregada:

"Provas inominadas são produzidas e juntadas nos autos, mesmo sem a devida previsão legal de sua existência. Até há pouco tempo, não havia

previsão expressa no Código de Processo Penal da apresentação como provas, por exemplo, de filmagens (vídeos) e fotografias. Com a evolução da tecnologia, essas provas passaram a ser extremamente comuns nos autos do processo, e ganharam, recentemente, referência expressa", fazendo menção ao art. 479, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/2008".

(MENDRONI, Marcelo Batlouni. Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2020, p. 98-99).

Além da aplicação subsidiária do CPC ao processo penal, a teoria dos poderes implícitos também é um fundamento autônomo que, por si só, justificaria a aplicação de astreintes pelos magistrados:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA DO MANEJO DA IMPETRAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO TARDIO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. [...]

7. A legalidade da imposição de astreintes a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.

Nessa toada, se incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (astreintes) está prevista em lei.

8. A existência de título executivo judicial, cujo descumprimento se deu nos próprios autos de processo, permite a adoção de medidas para seu imediato cumprimento, vez que é possível a execução das astreintes, de imediato, mesmo que fixada em decisão interlocutória, podendo ser exigida a partir do descumprimento da obrigação.

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq n. 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no RMS 55.050/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

3. TERCEIRO ESTRANHO À RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL PENAL

No ponto, poderia surgir a dúvida quanto à aplicabilidade das astreintes a terceiro não integrante da relação jurídico-processual como WhatsApp, Facebook, Google. Entretanto, é curioso notar que, no processo penal, a irregularidade não se verifica quando imposta a multa coativa a terceiro. Haveria, sim, invalidade se ela incidisse sobre o réu, pois ter-se-ia clara

violação ao princípio do nemo tenetur se detegere.

Na prática jurídica, não se verifica empecilho à aplicação ao terceiro e, na doutrina majoritária, também se entende que o terceiro pode perfeitamente figurar como destinatário da multa. Nesse sentido:

"Questão importante para a compreensão dogmática dos comandos normativos é a seguinte: as medidas executivas apenas podem ser impostas ao executado?

Pensamos que não. O terceiro e o próprio demandante também podem ser destinatários dessas medidas.

O inciso IV do art. 77 do CPC determina que é dever de todos quantos participam do processo - o que inclui os terceiros destinatários de ordens judiciais - 'cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação'. A opção normativa é clara: quem quer que de algum modo intervenha no processo - o que inclui o processo de execução - deve submeter-se aos comandos judiciais, cumprindo-os, quando lhe forem dirigidos, ou não atrapalhando o seu cumprimento.

Se todos aqueles que, mesmo não sendo partes ou seus procuradores, participam de qualquer forma do processo (art. 77, caput, CPC) tem o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais (art. 77, IV, CPC), então é possível que o juiz lhes imponha medida executiva com o objetivo ver cumprida uma ordem sua. Tais disposições consistem, na verdade, em concretizações dos princípios da boa-fé processual (art. 5º, CPC) e da cooperação (art. 6º, CPC). Não haveria coerência normativa em pensar que essas pessoas podem ser punidas por eventual descumprimento de ordem judicial (com a multa por contempt of court, por exemplo), mas não podem ser compelidas ao cumprimento dessa mesma ordem.

Daí que é possível, por exemplo, a fixação de multa para cumprimento de decisão que imponha a terceiro, administrador de cadastro de proteção de crédito, a exclusão do nome da parte. O administrador do cadastro não precisa ser réu no processo para ser destinatário da ordem - e, portanto, para ser compelido a cumpri-la.

Além disso, o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, pode impor prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro ao ente público e determinar medidas executivas diretamente ao agente público (pessoa natural) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação imposta."

(DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Direito processual civil: Execução. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 109, Grifou-se).

"É o que assevera Sérgio Cruz Arenhart: 'Em síntese, não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros. **O que não se tolera é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto, ou que possam opor-se a esse comando. Enfim, o que não pode ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com**

estabilidade de coisa julgada)'''

(A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil. São Paulo: RT, 2004. Grifou-se).

Ademais, não é exagero lembrar, ainda, que o Marco Civil da Internet traz expressamente a possibilidade da aplicação de multa ao descumpridor de suas normas quanto à guarda e disponibilização de registros conteúdos:

“Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º .

§ 2º **O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

...

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

Superior Tribunal de Justiça

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

...

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - **multa** de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.”
(Grifou-se).

Portanto, não há óbices à aplicação da multa cominatória a terceiros, ainda que em sede de processo penal.

Vale observar, a propósito, a existência de dispositivos expressos, no próprio Código de Processo Penal, que estipulam multa ao terceiro que não colabora com a justiça criminal:

“Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

...

Art. 436. ...

§ 2º A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.”

Como destacado acima, a restrição ao poder geral de cautela somente foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às cautelares pessoais, que, de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. Nesse ponto, não é demais ressaltar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* e da vedação à analogia in malam partem são garantias reconhecidas em favor da defesa (ao investigado, ao indiciado, ao acusado, ao réu e ao condenado), não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual-penal, não existe risco de privação de liberdade do terceiro acionado a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos em que se tem pessoas jurídicas figurando como terceiros. Trata-se, assim, de poder conferido ao juiz inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.

Ainda sobre a aplicação da multa diária a terceiro, é importante ressaltar não haver um procedimento legal específico para tanto, nem tampouco previsão de instauração do contraditório. Como visto, por derivar do poder geral de cautela, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, avaliar qual a melhor medida coativa ao cumprimento da determinação judicial,

Superior Tribunal de Justiça

não havendo impedimento ao emprego do sistema Bacen-Jud. Devem-se examinar, portanto, supostas violações ao devido processo legal ou ao princípio da proporcionalidade, caso a caso.

Ainda sobre o tema, vale citar o seguinte precedente da Corte Especial:

"QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO DA MINISTRA RELATORA QUE DETERMINOU A QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO (GMAIL) DE INVESTIGADOS EM INQUÉRITO EM TRÂMITE NESTE STJ. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. DESCUMPRIMENTO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE. INVERDADE. GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC. CONTROLADORA AMERICANA. IRRELEVÂNCIA. EMPRESA INSTITUÍDA E EM ATUAÇÃO NO PAÍS. **OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS, ONDE OPERA EM RELEVANTE E ESTRATÉGICO SEGUIMENTO DE TELECOMUNICAÇÃO.** TROCA DE MENSAGENS, VIA E-MAIL, ENTRE BRASILEIROS, EM TERRITÓRIO NACIONAL, COM SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO EM CRIMES COMETIDOS NO BRASIL. INEQUÍVOCA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. **DADOS QUE CONSTITUEM ELEMENTOS DE PROVA QUE NÃO PODEM SE SUJEITAR À POLÍTICA DE ESTADO OU EMPRESA ESTRANGEIROS. AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO.**"

(Inq 784/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/04/2013, DJe 28/08/2013. Grifou-se).

Em idêntica direção:

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. LEGALIDADE E VALOR DA MULTA. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL — PARA — TERCEIROS FORNECER INFORMAÇÕES. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

...

2. A jurisprudência deste Sodalício admite a aplicação de multa em decorrência do descumprimento de ordem judicial para terceiro fornecer informações referentes à movimentação da conta de usuários de rede social, ou qualquer outro aplicativo de internet, mesmo que os dados fiquem armazenados em computadores localizados no exterior.

Recurso em mandado de segurança desprovido."

(RMS 53.757/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 05/11/2018).

"PENAL, PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DO SIGILO TELEMÁTICO DE INVESTIGADO EM INQUÉRITO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELA EMPRESA PROVEDORA DE E-MAILS, DESTINATÁRIA DA ORDEM, FUNDADO EM ALEGAÇÕES REFERENTES A DIREITO DE TERCEIRO. NÃO CABIMENTO. SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SUPRESSÃO DE

INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. A MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de determinada conta de e-mail, mediante a criação de uma "conta espelho", sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. A requisição de serviços à recorrente, enquanto provedora da conta de e-mail do investigado, estabelece, satisfatoriamente, o modo de realizar a interceptação de dados, não cabendo à destinatária da medida deixar de cumpri-la, pelo argumento de suposta ofensa a direitos fundamentais de terceiro. Precedente: HC 203.405/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/6/2011, DJe 1º/7/2011.

3. A ordem questionada determinou o monitoramento do fluxo de dados telemáticos em território nacional, a fim de apurar a eventual prática de delitos no país, portanto, sujeitos à legislação brasileira a teor do disposto no art. 5º do Código Penal.

4. Na forma dos arts. 88 do Código de Processo Civil e 1.126 do Código Civil, é da empresa nacional a obrigação de cumprir determinação da autoridade judicial competente. Nesse aspecto, a CORTE ESPECIAL, na QO-Inq 784/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgada em 17/4/2013, decidiu que "não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet - o que lhe é absolutamente lícito -, mas se esquive de cumprir as leis locais".

5. Afigura-se desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo, porquanto aplicável à espécie a legislação brasileira.

...

7. A renitência da empresa ao cumprimento da determinação judicial justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC. O valor da penalidade - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - não se mostra excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ no caso da QO-Inq n. 784/DF.

8. A matéria atinente à execução provisória das astreintes não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impede a análise do tema, sob pena de supressão de instância.

9. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido em parte e, nessa extensão, não provido."

(RMS 44.892/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO TARDIO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS. ART. 475-J DO CPC. RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DOS PRAZOS RECURSAIS PREVISTOS NO CPC. RECURSO PROVIDO.

1. O juízo criminal, ao aplicar multa cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados decorrentes da quebra de sigilo determinada em inquérito policial, estabelece com ela uma relação jurídica de natureza cível, seja porque o responsável pelo cumprimento da ordem judicial não é

Superior Tribunal de Justiça

parte no processo criminal, seja porque a aplicação de multa por eventual descumprimento - ou retardo no adimplemento - tem amparo no art. 475-J do Código de Processo Civil.

...

4. Recurso especial provido."

(REsp 1.455.000/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/3/2015, DJe 9/4/2015).

Em voto vista no RMS 53.757/RS, julgado pela Quinta Turma, em 18/10/2018, o em. Min. Reynaldo da Fonseca destacou a natureza jurídica da multa:

"não há como se aplicar o entendimento judicial que impede a execução da multa cominatória antes da prolação de sentença, pois a hipótese **trata da obrigação de terceiros prestar informações ao juízo criminal, sob pena de aplicação de multa por descumprimento da decisão** e, deste modo, a sentença a ser proferida não vai interferir na situação jurídica do ora recorrente.

A multa imposta a terceiros que não integram o processo por descumprimento de ordem judicial tem por fundamento o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 536 e 537 NCPC), dispositivo esse que não limita sua incidência legal às relações exclusivamente obrigacionais, sendo de se reconhecer que o instituto também é aplicável no âmbito penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal.

(...) o art. 537, § 2º, previu, expressamente, que o valor da multa será devido ao exequente. De ressaltar-se que, embora o art. 537 esteja inserido em capítulo que trata do cumprimento de sentença, o caput do art. 537 do novo CPC admite a imposição de tal multa também na fase de conhecimento."

(Grifou-se).

Em relação ao destino dos montantes eventualmente revertidos ao Estado, ante a mora do terceiro em cumprir a determinação judicial, importante frisar dois pontos.

Primeiro, vale esclarecer que não se visa, com a adoção da medida, ao recolhimento de valores aos cofres públicos, mas sim ao convencimento, por meio de coação psicológica ou da coerção financeira, de que o cumprimento da determinação judicial será mais vantajoso que o descumprimento. A eventual transferência dos recursos dar-se-á tão somente se houver descumprimento, não sendo essa a intenção do julgador estipulante da multa.

Refutada a natureza arrecadatória das astreintes, tem-se que a destinação dessas verbas, se for o caso, deve ser objeto de debate pelo Poder Legislativo. Enquanto não sobrevém legislação específica, entende-se pertinente seguir o mesmo trajeto adotado pelo STF em casos, por exemplo, de colaboração premiada com a restituição de valores indevidamente apropriados por particular cumulada com a multa:

"No tocante ao perdimento dos valores, há previsão legal específica quanto ao seu destinatário, aplicando-se, sem necessidade de maiores esforços argumentativos, o art. 91, II, do Código Penal, que determina "a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

(...) b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua

Superior Tribunal de Justiça

proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

Na realidade, como pondera a União na sua derradeira manifestação, a destinação não se dá a partir da primeira parte da regra - “perda em favor da União” -, mas em decorrência da ressalva - “ressalvado o direito do lesado”, porque, aqui, é considerada, ela mesma, vítima dos delitos.

Desse modo, não se aplica o disposto no art. 2º, IV, da LC 79/94, que destina ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), os “recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal”.

O mesmo destino devem ter as multas aplicadas, embora não se tratem precisamente de produto ou proveito da infração.

Com efeito, não há na lei ou no acordo definição quanto à natureza dessa multa, que parece ter, de fato, característica sancionatória mista.

Porém, essa natureza não autoriza a eleição de um critério discricionário, ainda que louvável, quanto ao seu destinatário.

Nessa direção, na ausência de previsão legal ou negocial específica, cabe ao julgador valer-se da analogia (art. 4º do Decreto-lei 4.657/42) para a solução da questão.

Justamente por isso, em outras oportunidades (PET's 6.280, 6.466, 6.352, 6.454, 6.498, 6.512, 6.504, 6.491, 6.454, 6.526), adotei o entendimento do saudoso Min. Teori Zavaski na decisão da PET 5.886, segundo o qual deve-se, por analogia, aplicar o art. 91, II, “b”, do Código Penal, que estabelece “a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...) b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

Trata-se, como dito, de uma analogia, pois o dispositivo refere-se à destinação do produto do crime. Tanto que há priorização, por meio da ressalva expressa, do direito da vítima, beneficiando-se a União (exceto, como no caso, ela mesma a vítima), apenas após satisfeito o direito do lesado.

A analogia, ao destinar a multa à vítima, justifica-se, conforme consta na decisão da PET 5.886, porque, nos casos referentes aos crimes delatados, o dano, ainda que não precisamente quantificado, seria presumidamente muito maior do que o valor da multa aplicada, servindo esta, portanto, de alguma maneira, também a sua compensação, tal como previsto no art. 91, II, “b”, da Lei Penal.

Assim, o valor deve ser destinado ao ente público lesado, ou seja, à vítima, aqui compreendida não necessariamente como aquela que sofreu diretamente o dano patrimonial, mas aquela cujo bem jurídico tutelado foi lesado, no caso, a Administração Pública e os princípios que informam o seu regime jurídico, em especial, o da moralidade (CF, art. 37, caput, c/c §4º).

Em conclusão, também a multa deve ser destinada à União, cabendo a ela, e não ao Poder Judiciário, inclusive por regras rigorosas de classificação orçamentária, definir, no âmbito de sua competência, como utilizará essa receita.”

(Decisão monocrática do Min. Edson Fachin, julgamento em 28/2/2019).

Assim, no caso das astreintes, os valores deverão ser revertidos ao Estado. Veja-se que o em. Min. Reynaldo da Fonseca já manifestou idêntico pensamento quando do julgamento do já citado RMS 53.757/RS:

Superior Tribunal de Justiça

“Transportado o raciocínio do Direito Civil para o Direito Penal, vê-se que o titular do bem da vida postulado em juízo passa a ser o Estado, titular da pretensão punitiva (exceção feita à ação penal privada), que, portanto, se torna o destinatário do valor pago a título de multa diária.”

(Grifou-se)

Logo, se aplicada a multa pela Justiça federal, eventuais valores bloqueados serão revertidos em favor da União; se, porém, a medida foi adotada pela Justiça estadual, os valores deverão ficar com o Estado respectivo.

Tudo quanto se disse até agora, além do respaldo jurisprudencial, está assentado sobre os mais bem embasados raciocínios doutrinários, como se vê do notável artigo - constante, por sinal, de livro já neste voto citado, do qual participamos tanto o Ministro ROGERIO SCHIETTI, como coordenador e colaborador, quanto eu, apenas na última condição - do exímio Eduardo Talamini, no qual verbera a interrupção da própria utilização do serviço de mensagens eletrônicas WhatsApp ocorrida, como se sabe, há algum tempo, em face de desobediência a ordem judicial, e sugere medidas como as que ora estão sendo tomadas. Desse trabalho colhem-se, por pertinentes, as seguintes passagens:

“Os mecanismos coercitivos contrapõem-se aos sub-rogatórios, pelos quais o próprio poder jurisdicional, mediante atos diretos do juiz ou de auxiliares seus, produz o resultado que se teria com o cumprimento da decisão. Na concepção clássica de processo, a atuação executiva deveria dar-se basicamente mediante meios sub-rogatórios [cita-se aqui Processo de Execução, de MUNHOZ DE MELLO, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 2-6]. Quando não fosse viável a substituição da conduta do obrigado por providências judiciais, a execução específica era tida por “impossível” e restava apenas o caminho da conversão em perdas e danos. Na concepção clássica de processo, as coisas paravam por aí. O juiz não poderia emitir ordens às partes. Essa noção está superada...

...

[Quanto à proporcionalidade da providência coercitiva que pode ser adotada:] Primeiro, fica afastada a adoção de qualquer medida que o ordenamento vede...

...

Depois (...), terão de ser considerados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que norteiam toda atuação estatal [o autor aqui cita outro trabalho de sua autoria, Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer, pp. 376 e ss.]. As providências adotadas devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior que o necessário. O art. 805 do CPC/15 (...) nada mais é do que a expressão dessas diretrizes no processo executivo. Daí que a formulação contida nessa norma é por igual aplicável às demais modalidades de processo...

...

... A medida de coerção é mecanismo essencialmente pragmático (...). [S]ua função essencial não é punir, o parâmetro principal de sua adequação não é a “justa retribuição”. Não se trata de sancionar à altura do mal já cometido, mas de sancionar do modo mais eficaz possível para que o mal

cesse...

...

... Cada vez mais o processo é apto a produzir resultados que incidem vinculativamente muito além das partes. Em contrapartida, intensificam-se os mecanismos de participação desses terceiros nos processos em que eles não são partes...

...

A multa processual tende a ser mecanismo extremamente eficaz, nos casos em que o destinatário da ordem tem patrimônio executável e desde que fixada em valor adequado. Mas, no mais das vezes, não é a sua simples cominação que induzirá a conduta do “devedor”. Enquanto ela não é de algum modo executada, o destinatário da ordem frequentemente se apega à perspectiva de sua eliminação ou redução. E suas esperanças fundam-se não apenas no provimento do recurso contra a decisão que impôs a multa, como também em futura revisão retroativa do valor total atingido pela multa...

...

A efetiva adoção de medidas patrimoniais traz o “devedor” de volta à realidade. Faz com que ele deixe aquelas apostas de lado e enfrente de uma vez a questão: qual o “mal” que ele pretende afinal suportar ? o derivado do cumprimento da ordem ou aquele gerado pela medida de coerção. Em suma: a **“pronta afetação do patrimônio** do réu através da execução do crédito da multa **é o mais forte fator de influência psicológica**. A perspectiva remota e distante da execução do trânsito em julgado nada ou muito pouco impressiona” [de novo, invoca-se, do próprio autor, Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer, agora à p. 259].

Há caso muito similar ao ora em análise em que a efetiva adoção de **providências de constrição patrimonial**, em vez da simples cominação de multa, mostrou-se como medida de coerção. (...) [A] Google brasileira recusou-se a fornecer informações relativas a conversas realizadas no serviço de correio eletrônico Gmail (...). A multa foi cominada e vinha incidindo, sem sucesso. Havia atingido o valor de dois milhões de reais. Até que se tomaram as providências patrimoniais constritivas para sua execução, com o **bloqueio de aplicações financeiras** da Google brasileira (...). **Depois disso, cumpriu-se a ordem judicial** de apresentação das informações requisitadas [anota-se referência a feito que correu na 2ª Vara Federal de Curitiba sob o n. 5048457-24.2013.404.7000/PR].

...

Depois, (...) há sólidos argumentos para se reconhecer a competência do juiz penal para a execução do crédito derivado da multa, sem prejuízo da aplicação, nessa atividade executiva, das normas do CPC sobre o tema. A multa periódica [isto é, astreinte] não tem caráter indenizatório (CPC/15, art. 500...). Logo, a competência do juiz cível para a execução dos danos resultantes do crime (CPC/15, art. 516, III...) não se estende necessariamente a tal hipótese. Na medida em que a execução do crédito advindo da multa processual desempenha papel relevante para a própria eficácia coercitiva da medida, é razoável reconhecer-se que a competência executiva deve ser atribuída ao mesmo órgão que detém a competência para sua cominação, alteração e extinção: o juiz criminal.

...

Do mesmo modo, se o **bloqueio de aplicações financeiras** fosse adotado

como medida coercitiva atípica, em si mesma e não como início de execução da multa, a competência também seria do juiz penal.

(TALAMINI, Eduardo, Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp (coleção Repercussões do novo CPC), coordenadores CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio et CRUZ, Rogerio Schietti. Salvador, Juspodivm, 2016, pp. 380/381, 383/385, 391, 393/394, 396/397. Os grifos não são do original).

Toda essa argumentação, da maior solidez técnica, também me conduz a admitir a necessidade de providências coercitivas patrimoniais imediatas, além da simples cominação de multa, para alcançar a eficácia que se pretende com a cominação desta, tema que passo a tratar no item a seguir.

4. UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS CONSTRITIVAS SOBRE O PATRIMÔNIO DO AGENTE (BACEN-JUD OU INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA)

Especificamente sobre a possibilidade do bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud ou aplicação de outra medida constritiva sobre o patrimônio do agente, penso ser relevante considerar dois momentos, ou seja, primeiramente, a determinação judicial de cumprimento, sob pena de imposição de multa e, posteriormente, o bloqueio de bens e constrições patrimoniais.

No primeiro momento, por uma questão lógica, o contraditório é absolutamente descabido. De início, não se pode presumir que a pessoa jurídica intimada, necessariamente, descumprirá a determinação judicial. Por isso, a priori, não existem interesses conflitantes. Não há partes contrárias. Assim sendo, não há sentido e nem lógica em exigir contraditório nessa fase ou falar em um procedimento específico.

Por outro lado, quando do bloqueio de bens e a realização de constrições patrimoniais, o magistrado age em razão do atraso do terceiro que, devendo contribuir com a Justiça, não o faz. Nesse segundo momento, é possível cogitar-se em contraditório, pois, supondo-se que o particular se opõe à ordem do juiz, haveria duas posições antagônicas a autorizá-lo. Contudo, a urgência no cumprimento da medida judicial determinada, inerente à própria determinação de quebra de sigilo e ainda agravada pela mora do indivíduo ou pessoa jurídica recalcitrante, demonstra que o contraditório prévio é de todo desaconselhável.

Não obstante, nada impede seja a ampla defesa e o contraditório postergado e aplicado no segundo momento, caso necessário.

Explico. Até para justificar por que, neste singular aspecto, afasto-me das lições de Talamini (em trecho que não citei, mas que ? por honestidade intelectual ? refiro, em que ele prevê contraditório até mesmo prévio à decretação da medida), tão largamente invocadas antes.

Não vejo, como já disse, lógica nem necessidade do contraditório e de um procedimento específico desde o início. Uma vez intimada a pessoa jurídica para o cumprimento da ordem judicial, o que se espera é a sua concretização.

Desse modo, num primeiro momento, repito, não há interesses conflitantes, muito menos parte contrária. No entanto, caracterizada a mora no seu cumprimento, o magistrado, a meu ver, não pode ficar à mercê de um procedimento próprio à espera da realização da ordem, que pode não ser cumprida. Penso que, em razão da natureza das astreintes e do poder geral de cautela do magistrado, este deve ter uma maneira para estimular o terceiro ao cumprimento da ordem judicial, sobretudo pela relevância para o deslinde de condutas criminosas.

Fica-se, então, na ponderação entre esses valores: de um lado, o interesse da coletividade, que pode ser colocado a perder pelo descumprimento ou mora; do outro, o

patrimônio eventualmente constrito, que, inclusive, pode ser posteriormente liberado.

Como bem asseverado pelo Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, no julgamento do RMS 55.109/PR, “Ao determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial”.

Registro ainda o entendimento acolhido no julgamento do AgRg no RMS 53.414/RS, de relatoria do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, no sentido de que “A cobrança no próprio processo em que a multa foi fixada não induz à imparcialidade do magistrado, sendo, também, desnecessária a propositura da execução fiscal para a cobrança desta penalidade”.

Por fim, vale apontar os seguintes precedentes desta Corte no sentido da viabilidade da utilização do bloqueio via Bacen-Jud:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA SANCIONATÓRIA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DADA A TERCEIRO EM PROCESSO PENAL. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA ASSEGURADOS AO RECORRENTE. APLICAÇÃO DO ART. 77 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. EXECUÇÃO DE ASTREINTES ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. A SENTENÇA A SER PROFERIDA NÃO VAI INTERFERIR NA SITUAÇÃO JURÍDICA DO ORA RECORRENTE. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. COBRANÇA NO PRÓPRIO PROCESSO EM QUE A MULTA FOI FIXADA. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. DESNECESSIDADE DA SUA PROPOSITURA. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACENJUD POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. TESE DE DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Restou assegurado ao recorrente o contraditório e a ampla defesa, haja vista que o mesmo pode se defender antes da aplicação da multa no processo criminal em que houve a determinação do fornecimento das mensagens trocadas por meio do aplicativo Whatsapp.

2. A assertiva de que deveria ser aplicável o art. 77 do Código de Processo Civil na fixação da multa, não foi desenvolvida nas razões do recurso em mandado de segurança, não podendo destarte ser apreciada agora no julgamento do agravo regimental, em virtude da impossibilidade de inovação recursal.

3. Não há como se aplicar o entendimento judicial que impede a execução de astreintes antes da prolação da sentença pelo próprio magistrado que a fixou, pois, como visto, cuida a hipótese da obrigação de terceiros prestar informações ao juízo criminal, sob pena de aplicação de multa por descumprimento da decisão e, deste modo, a sentença a ser proferida não vai interferir na situação jurídica do ora recorrente.

4. A cobrança no próprio processo em que a multa foi fixada não induz à imparcialidade do magistrado, sendo, também, desnecessária a propositura da execução fiscal para a cobrança desta penalidade.

5. É possível o uso do instrumento de bloqueio de numerário via Bacen-Jud, o qual é autorizado para uso por todo o Poder Judiciário, inclusive pelos juízes criminais.

6. Na esteira do consignado no parecer ministerial, a tese de desproporcionalidade do valor da multa diária não foi enfrentada pela Corte Regional, não podendo ser, portanto, conhecida diretamente por essa Corte Superior, sob pena de supressão de instância (fl. 556).

7. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no RMS 53.414/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019. Grifou-se).

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO INCOMPLETO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Situação em que a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de contas Facebook de investigados, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. Não há ilegalidade ou abuso de poder a ser corrigido, pois fica claro o cumprimento incompleto da decisão judicial que determinara o fornecimento de dados de contas perfis no Facebook de investigados, já que não foram trazidas todas as conversas realizadas no período de 13/10/2015 a 13/11/2015, tampouco as senhas de acesso, o conteúdo completo da caixa de mensagens, o conteúdo da linha do tempo (timeline) e grupos de que participam, além das fotos carregadas no perfil com respectivos metadados.

3. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exime a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários.

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo. 5. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que "a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil", cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, "a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal" (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

6. A legalidade da imposição de astreintes a terceiros descumpridores de

decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.

Nessa toada, incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (astreintes) está prevista em lei.

7. Muito embora no Direito Civil a exigibilidade da multa diária por descumprimento de decisão judicial esteja condicionada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda (REsp n.º 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012), sob pena de enriquecimento sem causa do autor (destinatário do valor da multa), o mesmo raciocínio não se aplica ao Direito Penal, em que o destinatário do valor das astreintes é o Estado, titular da pretensão punitiva, e em que não existe motivo para condicionar-se a exigibilidade da multa à condenação do réu.

8. Ao determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial.

De se lembrar que o art. 139, IV, do CPC/2015, autoriza o juiz a "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial por mais de um ano justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq n. 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento."

(RMS 55.109/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017. Grifou-se).

Ressalto que o mesmo entendimento pode ser aplicado na hipótese da inscrição do débito na dívida ativa.

O art. 39 e seus §§ 1º e 2º, da Lei 4.320/1964, dispõem sobre a dívida ativa nos seguintes termos:

"Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º Os **créditos** de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como **Dívida Ativa**, em registro próprio, **após apurada a sua liquidez e certeza**, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

§ 2º Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e **Dívida Ativa não Tributária** são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, **multa de qualquer origem ou natureza**, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.”
(Grifou-se).

Colhe-se dos arts. 204 e seu parágrafo único, do CTN, e 3º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, in verbis:

“Art. 204. **A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.**

Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é **relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca**, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.”
(Grifou-se).

“Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.”

Assim, gozando de presunção de certeza e liquidez, nada impede que ocorra a inscrição, ainda que o valor possa ser discutido posteriormente.

Desse modo, como ressaltado anteriormente, eventual violação ao princípio da proporcionalidade na aplicação da multa pode ser impugnada em momento adequado e posterior.

Destaque-se ainda que a utilização do Bacen-Jud é medida mais gravosa do que a inscrição direta do débito em dívida ativa, de modo que não vejo impossibilidade também na sua aplicação.

Enfatizo, portanto, o que já salientei anteriormente sobre a aplicação de multa a terceiros: é importante ressaltar não haver um procedimento legal específico para tanto, nem tampouco previsão de instauração do contraditório. Como visto, por derivar do poder geral de cautela, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, avaliar qual a melhor medida coativa ao cumprimento da determinação judicial, não havendo impedimento ao emprego do sistema Bacen-Jud. Devem-se examinar, portanto, supostas violações ao devido processo legal ou ao princípio da proporcionalidade, caso a caso.

5. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Inicialmente, anoto que acompanho o relator na quase totalidade do seu como sempre magnífico voto, mas divirjo quanto à possibilidade de utilização de bloqueio via Bacen-Jud ou, no caso, sobre a viabilidade da inscrição do débito na dívida ativa.

Assim sendo, não obstante as razões apontadas pelo recorrente, quanto à

Superior Tribunal de Justiça

imposição de multa diária a terceiro, nos termos da fundamentação supra, não vejo como prosperar essa alegação.

Quanto ao alegado cumprimento da ordem judicial, inviável o afastamento da multa imposta, conforme bem asseverou o Tribunal a quo:

“Assim, ao que se vê desse cenário, a vinda das informações requisitadas ocorreu mais de 06 (seis) meses após a quebra judicial do sigilo e expedição do primeiro ofício à agravante, o que contribuiu para a paralisação de investigação, considerando, ademais, que a empresa manteve-se silente nesse ínterim, o que sugere a ausência de seu intuito em colaborar com as investigações, não se mostrando hábeis as justificativas apresentadas para arredar a sua responsabilidade no cumprimento da determinação.

Alfim, observo que o prazo concedido para o cumprimento integral da ordem esgotou-se em 24-8-2012(sexta-feira), incidindo a multa diária a partir do primeiro dia útil subsequente, qual seja, 27-8-2012 (segunda-feira), de sorte que, tendo sido efetivamente disponibilizadas as informações à autoridade policial em 04-9-2012 (terça-feira), a penalidade alcança a cifra de R\$450.000,00 (R\$50.000,00/dia x nove dias), não havendo se falar em atraso de cinco dias úteis, como pretende a defesa.”

Vale ressaltar ainda que, quanto ao critério de fixação da multa, a limitação do valor da multa aos patamares previstos pelo art. 77, §5º, do CPC, ou seja, em quantum máximo equivalente a até 10 salários mínimos, deve-se frisar que o caso não trata de aplicação de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, mas sim de fixação de multa que alavanque a pessoa física ou jurídica requerida a sair da inércia e passar a cumprir a ordem judicial. Ou seja, é um mecanismo jurídico por meio do qual se busca que o próprio particular, ainda que não espontaneamente, cumpra a vontade do ordenamento jurídico ou da ordem judicial. Assim, inviável aplicar-se, na hipótese, o art. 77, § 5º, do CPC (confira-se, a propósito, os itens 2 e 3 deste voto).

Ainda sobre eventual desproporcionalidade da multa, o exame da proporcionalidade dela é medida de contenção e controle legítimo conferido àquele que tem contra si a imposição de astreintes.

Vale inclusive o destaque no sentido de que "A decisão que arbitra astreintes não faz coisa julgada material, visto que é apenas um meio de coerção indireta ao

cumprimento do julgado, podendo ser modificada a requerimento da parte ou de ofício, para aumentar ou diminuir o valor da multa ou, ainda, para suprimi-la." (AgInt no REsp 1846190/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 27/04/2020).

Com efeito, passa-se a analisar o valor da multa aplicada.

Ressalte-se que o Tribunal de origem manteve a multa diária aplicada no valor de RS 50.000,00, nos seguintes termos:

“Alfim, observo que o prazo concedido para o cumprimento integral da ordem esgotou-se em 24-8-2012(sexta-feira), incidindo a multa diária a partir do primeiro dia útil subsequente, qual seja, 27-8-2012 (segunda-feira), de sorte que, tendo sido efetivamente disponibilizadas as informações à autoridade policial em 04-9-2012 (terça-feira), a penalidade alcança a cifra de R\$450.000,00 (R\$50.000,00/dia x nove dias), não havendo se falar em atraso de cinco dias úteis, como pretende a defesa.

Destarte, ao contrário do entendimento de Sua Excelência, concluo que a

Superior Tribunal de Justiça

multa imposta não se revela desarrazoada tampouco desproporcional, quando examinada sob a ótica da tramitação processual desde os seus primórdios.”

Destaco que o valor fixado pelas instâncias de origem está em consonância com o valor determinado por este Superior Tribunal em situação semelhante.

Veja-se:

"PROCESSO PENAL E CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DO SIGILO TELEMÁTICO DE INVESTIGADO EM INQUÉRITO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELA EMPRESA. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE CUMPRIMENTO DA ORDEM NÃO DEMONSTRADA. EMPRESA COM SEDE NO BRASIL. OBEDIÊNCIA À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. LEI N. 12.965/2014. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DO PERÍODO DE INCIDÊNCIA DA MULTA. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A APPLE COMPUTER BRASIL LTDA impugna decisão judicial que impôs pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), posteriormente reduzido para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo TRF4, pelo descumprimento parcial de decisão que, em sede de inquérito, autorizou "o afastamento do sigilo telemático de conta de e-mail de um dos investigados, com os correspondentes desvios do fluxo das comunicações, bem como informações dos registros de IP, dos dados cadastrais do usuário e de outros e-mails que o usuário eventualmente possua junto ao provedor ou à sua conta vinculados, além de acesso a backup do histórico de mensagens do alvo investigado".

2. Este Superior Tribunal firmou o entendimento de que a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil. E, ainda que assim não fosse, as normas de direito processual civil teriam incidência ao caso concreto, por força do art. 3º do Código de Processo Penal.

3. "A legalidade da imposição de astreintes a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências. Nessa toada, incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (astreintes) está prevista em lei" (RMS 55.109/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017).

4. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seus arts. 10, § 1º, e 12º, assegura aos usuários que a prestação de serviços de internet deve seguir a legislação brasileira, garantindo que os dados armazenados somente podem ser disponibilizados mediante cumprimento de decisão judicial. Estabelece, ainda, o seu art. 11, a soberania brasileira ao

submeter à nossa legislação todo ato de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, bem como dados pessoais ou comunicações, que devem ser obedecidos pelas empresas prestadoras de serviços no Brasil.

5. Hipótese em que a recorrente não demonstrou "impossibilidade jurídica de cumprimento da ordem", na medida em que a empresa possui sede em território nacional, bem como meios para atender a determinação judicial, sendo, portanto, aplicável ao caso a Lei n. 12.965/2014.

6. O atraso injustificado da empresa ao cumprimento da determinação judicial, prejudicando o andamento do processo, justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC. O valor da penalidade - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - não se mostra excessivo, diante do elevadíssimo poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ no caso da QO-Inq n. 784/DF.

7. Não há falar em redução do período de incidência da multa, porquanto "não foi implementada a interceptação telemática em tempo real, que restou prejudicada em face da deflagração da operação, e remanesceu sem cumprimento substancial parcela da determinação, que era a apresentação de backup das mensagens recebidas e enviadas pelo endereço eletrônico objeto da investigação, pelo período pretérito de um ano".

8. Recurso em mandado de segurança não provido."

(RMS 53.213/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019. Grifou-se).

Quanto à possibilidade de utilização de outras medidas constritivas pelo magistrado (Bacen-Jud ou inscrição do débito em dívida ativa), no caso, nos termos da fundamentação supra (como no item 4 do voto), já demonstrei entender ser possível.

Com essas considerações, novamente pedindo venia ao eminente relator, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.445 - PR (2015/0296413-4) VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Senhor Presidente, conforme já salientado nestes autos, trata-se de recurso interposto por F S O DO B LTDA, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região que manteve a multa aplicada em primeiro grau, em razão de descumprimento de ordem judicial.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de minha Relatoria, já decidiu ser desnecessária a cooperação jurídica internacional para o fornecimento de informações requeridas quando a empresa estiver instituída no País e aqui exerça suas atividades, uma vez que, nesses casos, deve-se submeter às leis brasileiras (Questão de Ordem no Inq 784/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/04/2013, DJe 28/08/2013). Somado a isso, a possibilidade de solicitação de informações às empresas subsidiárias ou às filiais sediadas em território nacional, após a edição da Lei n. 12.965/2014, também decorre da dicção do Marco Civil da Internet.

Assim, não vejo motivo para alterar as conclusões a que cheguei naquele julgamento, no sentido de que o fato de eventuais dados requisitados por decisão judicial estarem virtualmente armazenados fora do território nacional, não os transformam em material de prova estrangeiro, a ensejar a necessidade da utilização de canais diplomáticos para transferência.

Também importante consignar que este Superior Tribunal, em caso no qual se aplicou multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em desfavor da MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA., já teve a oportunidade de consignar que *"a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, **estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil**"* (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/4/2016, DJe 15/4/2016; sem destaque no original).

Com a mesma conclusão:

"[...] O juízo criminal, ao aplicar multa cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados decorrentes da quebra de sigilo determinada em inquérito policial, estabelece com ela uma relação jurídica de natureza cível, seja porque o responsável pelo cumprimento da ordem judicial não é parte no processo criminal, seja porque a aplicação de multa por eventual descumprimento - ou retardo no adimplemento - tem amparo no art. 475-J do Código de Processo Civil. [...]" (REsp 1.455.000/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro

Superior Tribunal de Justiça

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/3/2015, DJe 09/04/2015.)

É oportuno acrescentar, pelo entendimento do julgado transcrito, que o descumprimento de decisão judicial relativa a não colaboração com as investigações no âmbito de procedimento que visa apurar a prática de crimes não conduz à conclusão automática de que, nessa hipótese, a relação jurídica estabelecida entre Estado e particular possui natureza criminal.

Existe, ainda, **razão mais forte** a permitir a aplicação de *astreintes* em desfavor de pessoas físicas ou jurídicas que se recusam injustificadamente a cumprir ordens judiciais proferidas no âmbito de investigações criminais, consubstanciada na disposição do **art. 3.º do Código de Processo Penal**, que deve ser interpretado à luz do princípio da **proibição de proteção insuficiente e da teoria dos poderes implícitos**.

Explico.

Não há dúvidas, na doutrina e na jurisprudência, de que, no âmbito do Direito **Penal**, é vedado o emprego de analogia com vistas a piorar a situação do investigado ou acusado (*analogia in malam partem*).

Tal vedação, entretanto, tem como pressuposto a posição de vulnerabilidade típica daquele que se sujeita, especificamente, à investigação ou à acusação pela prática de um crime. Conforme bem salienta BUSATO, "*a analogia é proibida como instrumento de incriminação no Direito Penal em consequência do princípio da legalidade*" (BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196). Nesses casos, com o propósito de limitar o Poder Estatal, os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal prejudicial impedem que ao julgador seja conferida a faculdade de criar, via processo interpretativo de autointegração, uma norma penal até então inexistente.

Contudo, a hipótese narrada nos autos é inteiramente diversa. Não se trata de descumprimento de ordem judicial por parte de investigado ou acusado, e sim por parte de terceiro, pessoa natural ou jurídica que, chamado a colaborar dentro de investigação criminal com o fornecimento de dados que só ele possuía ou tinha acesso, omite-se ou resiste às ordens judiciais.

A proteção constitucional destinada a investigados e réus em processo penal não se estende a pessoas naturais ou jurídicas que não são objeto da investigação criminal e que desobedecem decisões judiciais proferidas no interesse público, mormente, repito, quando visam persecução de crimes.

Superior Tribunal de Justiça

Entendo que, quando se trata de recalcitrância de terceiros – os quais, assim que requisitados, têm obrigação jurídica de colaborar com investigações criminais –, debates acerca da imposição de *astreintes* no processo penal não estão vinculados à eventual proibição de analogia *in malam parte*, e sim a um juízo de valor acerca da eficácia da persecução penal e da proibição constitucional de proteção insuficiente.

Cuida-se, na verdade, da subordinação dos particulares à autoridade estatal, da obrigação jurídica de fornecimento de dados e provas imprescindíveis à identificação e punição de agentes criminosos, e da eficácia das investigações e da persecução penal. Neste último âmbito, a sistemática jurídico-constitucional não só permite, como exige o suprimento de lacuna presente no processo penal, mediante aplicação de multa patrimonial prevista apenas no Código de Processo Civil.

Entendimento diverso conduziria a situações em que a escolha sobre a viabilidade, oportunidade ou conveniência de colaborar com a Justiça poderia recair exclusivamente sobre o particular, sem que o Estado estivesse munido, no gravíssimo âmbito da persecução criminal, de meios processuais de execução forçada de decisões judiciais disponíveis a qualquer Juízo cível, ou seja, em contextos de violações menos acentuadas a bens jurídicos.

Em outras palavras, interpretação contrária resultaria em **incoerência** não admitida pelo ordenamento pátrio, v.g. o Juízo Criminal estaria **impedido** de aplicar *astreintes* para garantir a autoridade de decisão judicial que obrigasse eventual empresa a fornecer dados relativos, inclusive, a **crimes de pedofilia** (como no caso concreto), mas o Juízo Cível estaria **autorizado** a aplicar as mencionadas *astreintes* para forçar eventual Executado a derrubar um muro indevidamente construído em parte do terreno pertencente ao vizinho.

Não bastasse, segundo já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a imposição analógica de penalidade de natureza patrimonial está abrangida pelos **poderes implícitos** do Juízo Criminal.

Os poderes implícitos são entendidos como decorrência lógica da atribuição constitucional de competências jurisdicionais, no sentido de que, se ao magistrado é conferida a prerrogativa de resolver conflitos, a ele devem ser facultados, igualmente, os **meios necessários destinados a garantir a efetiva autoridade de suas decisões**.

Confira-se:

"O embaraço ao exercício da jurisdição, inspirado no contempt of court do direito norte-americano, embora descrito no Código de Processo Civil, pode, também, ocorrer no Processo Penal, admitindo-se, assim, a imposição de multa por descumprimento de ordem judicial, também na seara

Superior Tribunal de Justiça

penal, tanto em virtude da permissão de aplicação analógica admitida no art. 3º do Código de Processo Penal, quanto em razão da teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências." (RMS 45.525/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.)

Em razão de todos esses fundamentos, deve ser preservada a viabilidade de imposição de *astreintes* no âmbito do processo penal.

Não há falar, outrossim, em ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a empresa é intimada da decisão e da possibilidade de aplicação da multa e, em caso de descumprimento da ordem judicial, intimada do eventual bloqueio de patrimônio para garantir o pagamento da penalidade. De igual maneira, é comunicada da inscrição do débito em dívida ativa, podendo exercer o contraditório por meio de embargos do devedor. Vale ainda ressaltar que não há espaço para que a empresa "conteste" a necessidade, utilidade ou adequação da medida, juízo de valor que cabe ao juiz da causa e, em caso de discordância, das partes diretamente relacionadas às medidas impostas.

Da mesma forma, entendo ser cabível a execução das *astreintes* no juízo criminal, antes da execução da sentença. Isso porque, conforme acima registrado, a multa aplicada decorre de descumprimento de decisão por parte de terceiros, de maneira que a sentença a ser proferida não interferirá na situação jurídica deste terceiro. O destinatário do valor das *astreintes* é o Estado, titular da pretensão punitiva, sendo desnecessário condicionar a exigibilidade da multa à eventual condenação do réu.

Nesse contexto, sendo permitido ao magistrado prolator da decisão a execução da penalidade, também lhe é autorizado utilizar-se dos meios jurídicos para tanto, havendo, portanto, a possibilidade de utilização do sistema BacenJud para bloqueio dos valores devidos, instrumento esse que é disponibilizado para uso de todo o Poder Judiciário, sem restrição ao juízo criminal. Cabe lembrar que art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015, autoriza o juiz a "*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*".

A propósito, esse é o entendimento adotado por esta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA SANCIONATÓRIA DECORRENTE

DO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DADA A TERCEIRO EM PROCESSO PENAL. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA ASSEGURADOS AO RECORRENTE. APLICAÇÃO DO ART. 77 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. EXECUÇÃO DE ASTREINTES ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. A SENTENÇA A SER PROFERIDA NÃO VAI INTERFERIR NA SITUAÇÃO JURÍDICA DO ORA RECORRENTE. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. COBRANÇA NO PRÓPRIO PROCESSO EM QUE A MULTA FOI FIXADA. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. DESNECESSIDADE DA SUA PROPOSITURA. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACENJUD POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. TESE DE DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Restou assegurado ao recorrente o contraditório e a ampla defesa, haja vista que o mesmo pode se defender antes da aplicação da multa no processo criminal em que houve a determinação do fornecimento das mensagens trocadas por meio do aplicativo Whatsapp.

2. A assertiva de que deveria ser aplicável o art. 77 do Código de Processo Civil na fixação da multa, não foi desenvolvida nas razões do recurso em mandado de segurança, não podendo destarte ser apreciada agora no julgamento do agravo regimental, em virtude da impossibilidade de inovação recursal.

3. Não há como se aplicar o entendimento judicial que impede a execução de astreintes antes da prolação da sentença pelo próprio magistrado que a fixou, pois, como visto, cuida a hipótese da obrigação de terceiros prestar informações ao juízo criminal, sob pena de aplicação de multa por descumprimento da decisão e, deste modo, a sentença a ser proferida não vai interferir na situação jurídica do ora recorrente.

4. A cobrança no próprio processo em que a multa foi fixada não induz à imparcialidade do magistrado, sendo, também, desnecessária a propositura da execução fiscal para a cobrança desta penalidade.

5. É possível o uso do instrumento de bloqueio de numerário via Bacen-Jud, o qual é autorizado para uso por todo o Poder Judiciário, inclusive pelos juízes criminais.

6. Na esteira do consignado no parecer ministerial, a tese de desproporcionalidade do valor da multa diária não foi enfrentada pela Corte Regional, não podendo ser, portanto, conhecida diretamente por essa Corte Superior, sob pena de supressão de instância (fl. 556).

7. Agravo regimental desprovido." (AgRg no RMS 53.414/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA E INCAPACIDADE TÉCNICA DE ATENDIMENTO. QUESTÕES NÃO COMPROVADAS DE PLANO. AFRONTA À SUMULA N. 410 DO STJ. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO.

Superior Tribunal de Justiça

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE. BLOQUEIO DE VALORES. EXIGÊNCIA DE CRIAÇÃO DE RECURSO DE DESCRIPTOGRAFIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. IMPOSIÇÃO LEGAL. RECURSO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Como é sabido, o mandado de segurança somente terá cabimento para a proteção de direito líquido e certo, compreendendo-se tal expressão, em sentido processual, como 'direito comprovável documentalmente, sem necessidade de instrução dilatória.' (GRINOVER, Ada Pelegrini, 7ª ed. pág. 310).

II - No caso, o agravante não comprovou documentalmente, sem necessidade de dilação probatória, a impossibilidade de cumprimento da ordem judicial.

III - 'Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte' (RHC 81.284/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 30/8/2017).

IV - As questões relativas a suposta afronta à sumula n. 410 do STJ ou a entendimento consolidado em julgamento de recurso repetitivo, violação ao princípio da imparcialidade, bloqueio de valores e exigência de criação de recurso de descritografia não foram analisadas na decisão vergastada, o que impede o exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

V - Segundo se afere do v. acórdão vergastado, o recorrente não atendeu o comando judicial que determinou a 'interceptação, monitoramento e desvio de mensagens decorrentes do uso do aplicativo WhatsApp e da rede social Facebook, em tempo real, incluindo o envio de arquivos anexados, áudios e imagens', o que determina seja aplicada multa diária, de natureza sancionatória/coercitiva.

VII (sic) - A respeito da matéria, a Quinta e a Sexta Turma desta Corte sedimentaram que 'a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil', cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP.

VIII - Desta forma, 'a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal' (RMS 44.892/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 15/04/2016).

IX - O art. 139, IV, do CPC/2015 autoriza o Juiz a 'determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária'.

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental desprovido." (AgRg no RMS 54.105/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 09/05/2018.)

Também é possível a inscrição do débito em dívida ativa, sem necessidade de prévio procedimento administrativo, medida esta inclusive menos gravosa do que a utilização do Bacen-Jud.

Com efeito, o art. 39, § 2.º, da Lei n. 4.320/1964, inclui a possibilidade de inscrição, como Dívida Ativa Não Tributária, de créditos da Fazenda Pública provenientes de *"multa de qualquer origem ou natureza"*. As *astreintes* têm a natureza jurídica de multa. E, quando aplicadas em processo criminal, a titular dos valores devidos em razão do descumprimento da ordem judicial é a Fazenda Pública, federal ou estadual, a depender do caso concreto.

Além disso, há a possibilidade de instauração de contraditório para discussão dos valores, uma vez que, ajuizada a execução fiscal, é facultado ao devedor a oposição de embargos do devedor, previstos no art. 16 da Lei n. 6.830/1980, os quais possuem natureza de ação de conhecimento, permitindo ao Embargante ampla produção probatória.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PARCELAMENTO. SUSPENSÃO. ART. 793 DO CPC. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. AFASTAMENTO.

1. O art. 793 do CPC inibe o juiz de praticar quaisquer atos processuais quando suspensa a execução – excetuando-se apenas os de urgência –, mas não impede o processamento de embargos à execução, que se constituem como típica ação de conhecimento, de natureza autônoma.

[...]

8. Recurso especial não provido." (REsp 1234480/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 30/08/2011; sem grifos no original.)

Por fim, não há ofensa ao princípio da proporcionalidade, diante da adequação do meio elegido (aplicação de *astreinte*) para o alcance do fim visado (eficácia da investigação criminal), inclusive, diante do elevado poder econômico da empresa.

Dessa forma, tendo havido atraso da empresa no cumprimento da decisão judicial exarada pelo juízo criminal, e não verificada a desproporcionalidade do valor fixado a título de *astreintes*, a multa se mostra devida, cabendo, ainda, ao juízo criminal a eventual execução dos valores ou a determinação de inscrição em dívida ativa, podendo, para tanto, se valer dos meios

Superior Tribunal de Justiça

necessários e adequados disponíveis.

Assim, peço vênia para acompanhar, em parte, o voto do Ministro Relator, tão somente no que diz respeito à possibilidade de aplicação das *astreintes* pelo juízo criminal visando a compelir terceiro ao cumprimento da ordem judicial. Entendo, com a devida escusa dos que têm compreensão diversa, ser igualmente possível a execução da multa pelo mesmo juízo criminal, inclusive, mediante bloqueio de valores via BacenJud e inscrição do débito em dívida ativa.

Ante o exposto, mais uma vez pedindo vênias ao Eminentíssimo Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS para NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.445 - PR (2015/0296413-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Quanto à questão da possibilidade da imposição de multa em razão de descumprimento por parte de terceiro de determinação judicial expedida em processo penal, em que pese as substanciosas razões expostas, em especial, pelos Ministros Rogerio Schietti e Marcelo Navarro, acompanho o Ministro Nefi Cordeiro em seus votos externados por ocasião do julgamento do REsp n. 1.853.580/SC e dos RMS ns. 54.335/RS, 54.654/RS, 60.174/RO e 62.452/PR, destacando, do seu voto proferido no recurso especial citado, o seguinte trecho:

Usa-se, por analogia, o art. 3º do CPP, mas o fundamento da medida tem caráter cominatório, estando atrelado ao atraso ou descumprimento de ordem judicial, tratando-se, portanto, de astreintes, ou seja, multa pecuniária coercitiva típica do âmbito do direito processual civil. Trata-se de multa, pois, penalidade de natureza patrimonial, somente podendo ser imposta na seara penal mediante prévia cominação legal, não cabendo o uso da *analogia in malam partem*.

Assim, não é possível, a pretexto de cumprimento de ordem judicial, aplicar punição por analogia, sob pena de infligir em um procedimento criminal astreintes do Código de Processo Civil.

Desse modo, a imposição de sanção processual por descumprimento de decisão judicial, pelo acórdão recorrido, constitui flagrante ilegalidade, haja vista a ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal.

É de se aplicar à hipótese, portanto, o mesmo entendimento desta Corte a respeito da multa por litigância de má-fé, que igualmente configura sanção processual, ou seja, possui natureza de pena, somente podendo ser imposta na seara penal mediante prévia cominação legal, pois vedado em nosso ordenamento o uso da *analogia in mala partem*. “

Superada essa questão, peço vênias, também, para divergir dos que me antecederam quanto aos limites, ou ausência deles, para o valor da multa a ser fixada. E, aqui, vou aderir ao posicionamento inicial do Ministro Rogerio Schietti, exarado quando do julgamento do RMS n. 54.444/RJ, em que se manifestou no sentido de que ele teria como limites o disposto no art. 77, § 5º, do CPC, aplicado analogicamente ao processo penal.

Entendo, até porque estamos admitindo a aplicação de uma multa não prevista no processo penal e, como já antevejo, cujo valor pode ser bloqueado **sem qualquer contraditório** junto à conta do, em tese, descumpridor de ordem judicial,

que não é possível deixar a critério do juiz a sua fixação sem qualquer tipo de limite, a seu livre critério.

Não há parâmetros objetivos na ação em que a multa é imposta (ação penal, cujo valor é inestimável) e não me parece suficiente simplesmente afirmar que a multa deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A sua execução, ou pelo menos, o início de sua execução, com o bloqueio dos valores correspondentes na conta corrente da parte envolvida, pode causar-lhe danos irreparáveis. Não podemos tomar como referência aqui a capacidade das empresas envolvidas nos processos em análise, considerando que estamos admitindo a aplicação dessa multa a qualquer terceiro, pessoa física ou jurídica, de pequeno, médio ou grande porte, que, eventualmente, na condição de terceiro, descumpra ordem judicial proferida em processo penal. Amanhã podemos nos deparar com uma multa abusiva imposta a uma pessoa jurídica de pequeno ou médio porte, cuja execução imediata simplesmente inviabilize o seu funcionamento, o seu dia a dia, impedindo-a, inclusive, de cumprir seus compromissos ordinários, como pagamentos de contas de luz, água, telefone e salários.

Nesse contexto, acho mais do que razoável que a multa tenha como limitador os valores indicados no art. 77, § 5º, do CPC/2015.

E, quanto à terceira questão posta em debate – forma de execução da multa –, vou aderir, aqui, integralmente, às razões do Ministro Rogerio Schietti, por ele expostas:

Assim, se a própria condenação por crime não permite a sumária invasão patrimonial com a finalidade de satisfazer uma obrigação imposta por decisão com trânsito em julgado, admitir a execução imediata das astreintes, por mais que se proceda com algum objetivo de interesse público, vai de encontro à lógica do sistema.

Frise-se, por oportuno, que, mesmo considerada como medida assecuratória atípica, não encontro justificativa para a expropriação patrimonial imediata, notadamente por se tratar de instrumento de natureza processual civil e, portanto, sujeito às regras procedimentais distintas daquelas que se aplicam às medidas cautelares ou assecuratórias típicas do processo penal.

Uma coisa é a fixação da quantia para coagir a parte; outra é a cobrança desse valor, cujo procedimento deve observar o devido processo legal.

Além disso, reputo equivocada a permissão de que se execute o

montante estipulado perante o juízo criminal, haja vista tratar-se de instituto eminentemente processual civil. No particular, por oportuno, destaco o seguinte aresto:

(....)

Faço lembrar de hipótese com semelhante raciocínio, a actio civilis ex delicto, que deve ser ajuizada pelo ofendido na esfera cível, a objetivar indenização por dano causado pela infração penal, quando existente.

Logo, as astreintes não podem ser objeto de execução pelo próprio juízo criminal de tal sorte que a ele não é permitido determinar o bloqueio, via Bacenjud, de ativos do recorrente. Deveras, tratando-se de medida que pode ser executada provisoriamente, deve haver a observância dos procedimentos relativos à execução judicial.”

Assim, dou parcial provimento ao recurso para afastar a multa imposta ao recorrente, por entender que ela não tem previsão legal no processo penal e, superada essa questão, por entender que o seu valor deve se restringir aos limites previstos no § 5º do art. 77 do novo CPC, valor esse que não poderá ser inscrito em dívida ativa não tributária, nem mesmo bloqueado pelo sistema Bacenjud.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2015/0296413-4

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.568.445 / PR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003100320134040000 1455000 200970000261664 201401166862 3100320134040000

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 24/06/2020

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) -
SP124516
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento após o voto-vista antecipado divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, negando provimento ao recurso especial, tendo sido acompanhado pelos Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e Jorge Mussi, e o voto dos Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando parcial provimento ao recurso especial, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, que lavrará o acórdão.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Sebastião Reis Júnior.

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e Jorge Mussi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Antonio Saldanha Palheiro.

Superior Tribunal de Justiça

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

