

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.853.580 - SC (2019/0373629-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516
GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
MARIANA SOUZA BARROS REZENDE - SP288556
BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552
JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384
LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
INTERES. : **WHATSAPP INC**
ADVOGADOS : **DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO - SP200793**
MARCELA TRIGO DE SOUZA - RJ127614

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. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). 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, no 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 regra 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.

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 reconhecida 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 perseguição 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, a preliminar de ilegitimidade merece ser afastada, conforme exposto. Em relação à desconsideração da personalidade jurídica, a tese não deve ser conhecida, por força da incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

Superior Tribunal de Justiça

9. No tocante 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 divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, negando provimento ao recurso especial, tendo sido acompanhado pelos Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e Jorge Mussi, e os votos dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (em maior extensão) e Rogerio Schietti Cruz (em menor extensão), acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando 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 Nefi Cordeiro, Sebastião Reis Júnior (em maior extensão) e Rogerio Schietti Cruz (em menor extensão).

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros 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 Reynaldo Soares da Fonseca.

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

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.853.580 - SC (2019/0373629-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665

JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454

CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723

FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487

RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714

FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694

LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410

MARIANA SOUZA BARROS REZENDE - SP288556

BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552

JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384

LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340

ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929

RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029

ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569

VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES. : WHATSAPP INC

ADVOGADOS : DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO - SP200793

MARCELA TRIGO DE SOUZA - RJ127614

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado (fls. 943-948):

APELAÇÃO. DECISÃO QUE IMPÔS MULTA SANCIONATÓRIA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. INTERCEPTAÇÃO DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES VIA APLICATIVO WHATSAPP DETERMINADA NO BOJO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (OPERAÇÃO "SIMON"). AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. INTERVENÇÃO DA WHATSAPP INC. COMO ASSISTENTE SIMPLES. DESCABIMENTO. LEGITIMIDADE DA FACEBOOK DO BRASIL PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO. CRIPTOGRAFIA. DADOS DE COLETA, GUARDA, ARMAZENAMENTO E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS OU DE COMUNICAÇÃO DEVERÃO SER MANTIDOS EM FORMATO INTEROPERÁVEL E ESTRUTURADO PARA FACILITAR O ACESSO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL OU DETERMINAÇÃO LEGAL NATUREZA COERCITIVA DA MULTA. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACENJUD. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR. APELO PROVIDO

EM PARTE.

1. Foi determinada à empresa Facebook do Brasil a interceptação do fluxo das comunicações do aplicativo WhatsApp de investigados no âmbito da Operação "Simon", com vista à apuração de supostos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de lavagem de dinheiro e de constituição de organização criminosa, com a fixação de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dia, no caso de eventual descumprimento. Em razão da inércia da companhia, foi determinada a aplicação da multa relativa ao período de 42 (quarenta e dois) dias, no valor total de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais), o qual foi bloqueado das contas bancárias, via Bacenjud, pelo Juízo de origem.
2. Sem descurar do caráter vinculante do quanto for decidido na ADI-5527, lastreada na discussão da constitucionalidade do art. 10, § 2º, e art. 12, III e IV, ambos da Lei nº 12.965/14, e na ADPF-403, ajuizada visando a obstar a determinação de suspensão dos serviços do WhatsApp, ambas encontram-se ainda em andamento. Portanto, nada obsta que o curso deste processo tenha prosseguimento.
3. Não ha qualquer relação de prejudicialidade da presente apelação e a ACR nº 5003809-05.2017.4.04.7004, julgada pela Oitava Turma, a qual havia decidido baixar os autos em diligência, para a realização de prova técnica. A conexão por prejudicialidade se dá quando a decisão de uma causa interferir na solução da outra, o que não se cogita no caso dos autos, em que os feitos tratam tão somente de questão fático-jurídica semelhante.
4. Não se admite a intervenção da WhatsApp Inc. como assistente simples. Não existe relação jurídica entre o WhatsApp Inc. e o Facebook Serviços OnLine do Brasil Ltda. A condição de integrante do mesmo grupo econômico não traduz relação jurídica capaz de ensejar a admissão como assistente. No caso presente, não é possível afirmar com segurança, com base no pertencimento ao mesmo grupo econômico, que o WhatsApp esteja sofrendo os efeitos da decisão recorrida, sequer reflexamente. O valor da multa/astreinte está indisponibilizado na conta do Facebook Serviços OnLine do Brasil Ltda, com capacidade de ser destinatário da lei brasileira. Vencida a Relatora, que entendia que a WhatsApp Inc. tem interesse jurídico na demanda, uma vez que, à luz da legislação brasileira, deve desenvolver soluções técnicas para disponibilizar o fluxo de informações, em cumprimento a ordem judicial, uma vez que, em casos como os dos autos, a medida se mostra como meio imprescindível para obtenção de elementos informativos, em razão da natureza das condutas investigadas.
5. A ponderação do conflito entre valores constitucionais que a complexidade deste caso oferece não parece ser passível de resolução no seio do Poder Judiciário, ao menos no âmbito desta Corte, exigindo intervenção legislativa. Trata-se de ponderação a ser promovida por meio de lei, dados os contornos e multiplicidade de interesses em conflito e a profusão de informações e debates necessários à tomada de decisão.
6. Instituições devem lidar com constrangimentos e limitações reais e a estruturação dos poderes do Estado se dá em função da escassez informacional. Cabe à legislação concretizar o direito constitucional à livre iniciativa, e não o juiz remover leis editadas para excepcionar determinada classe de empreendedores, sem contar com toda a informação que possa fluir dos diversos setores sociais. Em especial quando os interesses constitucionais em conflito sejam tão prementes quanto ao da segurança pública, em confronto com o da livre iniciativa. O Judiciário não é o órgão

melhor equipado a solver tal conflito. Por atribuição deve, prioritariamente, resolver disputas concretas mediante o uso de informações sobre eventos passados, no interesse de litigantes. As informações são produzidas segundo garantias processuais e regras procedimentais e a adjudicação é baseada em provas e evidências antagônicas, submissíveis ao contraditório. Tribunais (Juízos, Juizados, Turmas Recursais ou Tribunais, assim como seus órgãos fracionados) são especificamente aparelhados para a coleta de provas que permitam a tomada de decisões em condições de informação incompleta. Não pode este Tribunal Regional, com os dados que dispõe, afastar o cumprimento de exigência legal em nome do princípio do livre mercado, processando informações técnicas e também de preferências coletivas de âmbito nacional, tarefa à qual o legislador - ou talvez o próprio STF, com atuação em todo o Brasil e mediante o uso da modalidade de audiência pública - está nitidamente mais capacitado. Cabe à empresa interessada interceder perante as instâncias responsáveis pelo balanceamento proposto em sentido geral e prospectivo.

7. Ainda que assim não fosse, a prestação de informações ao juiz é tecnicamente possível, mesmo em caso de encriptação ponta-a-ponta. Poderia o Whatsapp desenvolver meios de capturar o código fornecido para habilitação do Whatsapp WEB, utilizando-o para fins de espelhamento, mediante determinação judicial, satisfazendo, assim, a obrigação legal, conforme laudo pericial elaborado no bojo dos autos nº 5003809-05.2017.4.04.7004. Não parece estar afastada, pelo laudo, a possibilidade de entrega do código QR à investigação - para os casos que dispensem a não-notificação ao usuário, ou naquelas em que a notificação não irá ocorrer automaticamente - o que não teria relação direta com as propaladas inviabilidades técnicas decorrentes da encriptação ponta-a-ponta. Nos casos em que houver necessidade de interceptação de fluxo contínuo de comunicação de usuários de desktop, o sistema desenvolvido pela empresa não parece ser infenso à construção de programas ou alternativas que permitam o cumprimento do dever legal. Deverá, por certo, manter controle estrito sobre tais alternativas, justamente como preveem as disposições do Marco Civil da Internet.

8. A assertiva de que inexistiria regulação que impusesse a necessidade de quebra da criptografia pelas plataformas de comunicação online não parece proceder, sendo que é possível identificar, opostamente, a existência de obrigação legal de informar mediante ordem judicial. A possibilidade de encriptação não exclui o dever de preservar e entregar os dados às autoridades judiciárias, ou exclui o Whatsapp de possibilitar a interceptação do fluxo de comunicação - ou algo que lhe faça as vezes. Os provedores de conexões e de aplicações devem manter os dados de acesso e de comunicação em formato interoperável e estruturado para o atendimento das determinações judiciais. No caso dos autos, estão presentes os requisitos da Lei nº 9.296/96 para a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, tendo em conta que apontados indícios da prática de condutas graves, que envolviam crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de capitais e organização criminosa. Eventuais entraves operacionais e sistêmicos enfrentados pela companhia não são fundamento para afastar cumprimento de ordem judicial, cabendo à empresa providenciar aprimoramento de seu sistema para sempre atender às demandas correlatas ao serviço que se dispõe a prestar. A colaboração da apelante para a identificação da autoria e comprovação da materialidade mostrava-se indispensável, não sendo admissível a negativa apresentada, tampouco a desídia demonstrada em relação à legislação pátria e à ordem emanada pela Justiça criminal. Evidenciado o descumprimento da decisão judicial, que determinou a

interceptação das comunicações realizadas via WhatsApp, em período determinado, de investigados no âmbito da Operação "Simon".

9. Não obstante a interceptação das comunicações do aplicativo WhatsApp devesse ser implementada pela empresa WhatsApp Inc., localizada no exterior e sem representação jurídica no Brasil, a ordem judicial foi dirigida à Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., por ser empresa sediada em território nacional que integra o mesmo grupo econômico, com fundamento no art. 11 do Marco Civil da Internet. Na solicitação de informações a grupos empresariais, como é o caso da relação Facebook e WhatsApp, o Poder Judiciário, diante da urgência e gravidade dos fatos criminosos que almejava evitar e esclarecer, pode exigir que a informação seja prestada por pessoa jurídica situada no Brasil, a qual detém conhecimentos suficientes para encaminhar a decisão judicial para o pronto atendimento pelo setor competente ou por outra empresa pertencente ao conglomerado, localizada em território estrangeiro.

10. O Marco Civil da Internet no Brasil estabelece que os dados de coleta, guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais ou de comunicação deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal, respeitadas as diretrizes do artigo 13 do Decreto nº 8.771/2016. Os provedores de conexões e de aplicações devem manter os dados de acesso e de comunicação em formato interoperável e estruturado para o atendimento das determinações judiciais.

11. Cabível a imposição de multa diária por descumprimento de decisão judicial ou por seu cumprimento a destempo, mesmo em sede processual penal. Precedentes do STJ. A medida encontra respaldo no art. 12, II, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e no art. 527 do CPC, aplicados supletivamente, conforme disposto no artigo 3º do CPP.

12. Não se pretende, com a imposição de sanção pecuniária, indenizar a parte ou expropriar o devedor, mas assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, sob pena de tornar inócua e ineficiente a tutela do processo e dos interesses públicos envolvidos. A multa sancionatória em questão, como acima explicitado, se aproxima mais do instituto anglo-saxônico da *contemp of Court* do que das *astreintes*, e com esta não se confunde.

13. A multa aplicada não possui caráter compensatório/indenizatório, mas punitivo, se revestindo também de caráter preventivo, posto que visa coibir futuros descumprimentos e, ainda, preservar a eficácia das decisões judiciais, em especial aquelas proferidas em processos criminais. Tratar a multa em questão como aquela imposta nos processos cíveis, sujeitando-a ao processo executivo e à prévia inscrição em dívida, é retirar-lhe sua essência e finalidade. É, por via indireta, suprimir a jurisdição penal de importante mecanismo de coerção voltado, não aos interesses do Estado ou do juiz, mas da sociedade. Não se está tratando de imposição de multa lastreada no processo civil, e, sim, do exercício dos poderes de indução conferidos ao juiz pelo Código de Processo Penal, para o fim de coibir futuros descumprimentos e preservar a eficácia das decisões judiciais.

14. O sistema Bacenjud não foi concebido ou é utilizado exclusivamente para a penhora on-line ou para o processo executivo. Foi estruturado e desenvolvido como importante mecanismo para facilitar, agilizar e dar eficácia ao cumprimento das medidas judiciais, inclusive de natureza penal.

15. É inexorável que a interpretação teleológica do sistema processual penal, assim como os princípios da proteção jurisdicional e da efetividade da jurisdição, conferem

Superior Tribunal de Justiça

ao magistrado poder geral de cautela que, por sua vez, legitima a adoção do bloqueio. Tal medida coercitiva não suprime da parte o acesso à justiça ou aos meios legais disponíveis para defender-se. Não se sujeita ao prévio processo executivo, porquanto não consentâneo com sua natureza e finalidade.

16. Na legislação processual penal, as medidas coercitivas e assecuratórias revestem-se, pela sua natureza e essência, de autoexecutoriedade. A decisão acessória de coerção para cumprimento da decisão principal de fornecimento de informações é estabelecida em defesa do poder jurisdicional do magistrado, cabendo a ele, ou às autoridades jurisdicionais superiores, o cancelamento, agravamento ou revisão de qualquer forma. Portanto, a multa aplicada no âmbito processual penal não está no poder de disposição do Ministério Público, o qual não tem o poder de alterá-la, revisá-la ou mesmo de a ela renunciar. Daí porque, dispondo o magistrado de ferramenta de bloqueio de valores via Bacenjud, pode ele próprio fazê-lo, para compelir o cumprimento de sua decisão, sendo despidendo pedir para o Ministério Público, ou à Fazenda Pública, para que, por sua vez, requeiram a um juiz cível o cumprimento de sua decisão.

17. Não obstante a situação econômica privilegiada da empresa apelante, à luz do critério proporcionalidade, que deve nortear a atuação jurisdicional, cabível a redução do valor diário individual da multa para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o qual se mostra suficiente para atingir as finalidades punitiva, preventiva e pedagógica da medida. Precedentes da Sétima Turma desta Corte.

18. Apelo provido em parte.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos, em parte, para, tão somente, suprir omissão, mantendo, contudo, o resultado do julgamento do apelo.

Nas razões do especial, sustenta o recorrente, em síntese, violação dos arts. 49-A e 50, *caput* e § 4º, ambos do Código Civil; 11 e 12 do Marco Civil da Internet; 77, inciso VI, § 2º e § 5º, 489, I, 513, 519, 520, 523, 525, 536, 537, todos do Código de Processo Civil.

Argumenta violação dos arts. 49-A e 50, ambos do Código Civil e 7º da Lei 13.874/19, tendo em conta a ilegitimidade do *Facebook* Brasil para entregar dados que não tem o controle e não dispõe e a impossibilidade de cumprimento da ordem judicial, tendo em vista a autonomia entre a recorrente e *WhatsApp* Inc.

Aduz ofensa ao art. 489, I, do CPC, em razão da ausência de fundamentação legal para imposição da sanção. Argumenta que, "Apesar de extenso, o v. acórdão impugnado pelo presente apelo especial não atende aos requisitos de motivação, exigidos pelo artigo 489, I, do Código de Processo Civil" (fl. 1.044).

Alega afronta aos arts. 11 do Marco Civil da Internet, 49-A e 50 do Código Civil, conforme redação dada pela Lei 13.874/19, afigurando-se ilegal a imposição da sanção em desfavor da recorrente, pois "Somente com a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa seria possível avançar-se sobre o patrimônio de outra pessoa jurídica, ainda que ambas as empresas sejam integrantes do mesmo grupo econômico, nos termos dos arts. 49-A e 50, do Código Civil, conforme redação dada pela Lei 13.874/19" (fl. 1.046).

Alega, outrossim, violação dos arts. 536, 537 e 77, IV, §§ 2º e 5º, do Código de

Superior Tribunal de Justiça

Processo Civil, uma vez que "a multa - se for cabível - deveria se submeter ao regime dos atos atentatórios à dignidade da justiça" (fl. 1.050).

Diz que o art. 12 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) foi violado, uma vez que a multa ali prevista "somente é aplicável quando os provedores de conexão ou de aplicações de internet desrespeitem seu dever de preservação dos direitos à privacidade dos dados pessoais e sigilo das comunicações e registros dos usuários dos seus serviços" (fl. 1.055).

Aduz, ainda, contrariedade aos arts. 513, 519, 520, 523, 525 e 537, §§ 3º e 5º, todos do CPP, em razão da ilegalidade do bloqueio, pois, nos termos dos referidos artigos, "a multa, se fosse devida, deveria ser executada via cumprimento provisório de sentença" (fl. 1.058).

Requer, assim, o provimento do recurso especial a fim de que: "(i) se reconheça que o RECORRENTE não pode ser responsabilizado no caso em questão"; por consequência, "(ii) se afaste a multa aplicada à FACEBOOK BRASIL, o qual não possui nenhuma responsabilidade por atos afetos exclusivamente à WhatsApp Inc."; e (iii) "seja reconhecida a nulidade do Bloqueio por meio do sistema Bacen-Jud".

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.853.580 - SC (2019/0373629-8)

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O Juízo da origem, após reiterado descumprimento, por parte do ora recorrente, de ordens de interceptação de comunicações realizadas via *WhatsApp* por investigados no âmbito da Operação "Simon", determinou o bloqueio via Bacen-Jud em contas bancárias do recorrente no valor de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais), com base no art. 537 do CPC/2015 c/c art. 3º do Código de Processo Penal.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para reduzir o total da multa aplicada, mantendo, no mais, a sentença, com a seguinte fundamentação (fls. 926-941):

7. Obrigação legal de informar mediante ordem judicial

A assertiva de que inexistiria regulação que impusesse a necessidade de quebra da criptografia pelas plataformas de comunicação online não parece proceder, sendo que é possível identificar, opostamente, a existência de obrigação legal de informar mediante ordem judicial.

- Lei 9.296/1996:

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

- Lei n. 12.965/2014:

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

- Decreto nº 8.771/2016:

Art. 11. As autoridades administrativas a que se refere o art. 10, § 3º da Lei nº 12.965, de 2014, indicarão o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação para o pedido de acesso aos dados cadastrais.

Art. 13. Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança:

I - o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários;

II - a previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros;

III - a criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou do responsável pelo acesso designado pela empresa e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no art. 11, § 3º, da Lei nº 12.965, de 2014; e

IV - o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes.

§ 2º Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do 'caput' do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos:

I - tão logo atingida a finalidade de seu uso; ou

II - se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

Art. 15. Os dados de que trata o art. 11 da Lei nº 12.965, de 2014, deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal, respeitadas as diretrizes elencadas no art. 13 deste Decreto.

O parágrafo único, do art. 1, da Lei 9.296/1996, é expresso ao delinear seu campo de abrangência também para a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Por outro lado, o art. 10, par. 2, do Marco Civil da Internet, por sua vez, é claro ao implicar que o conteúdo das comunicações possa ser requisitado judicialmente.

Some-se a isso o entendimento jurisprudencial no sentido de que é cabível a interceptação telemática - "Este Tribunal Superior firmou entendimento no sentido de ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do

fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF).

A possibilidade de encriptação não exclui o dever de preservar e entregar os dados às autoridades judiciárias, ou exclui o Whatsapp de possibilitar a interceptação do fluxo de comunicação - ou algo que lhe faça as vezes.

O Marco Civil da Internet determina a obrigação de segurança dos dados, inclusive prevendo a criptografia para garantir a sua inviolabilidade, mas de outro lado impõe, de forma concreta e específica, o dever dos provedores de conexão e de aplicações, em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações, em que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil, ainda que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, e desde que oferte o serviço ao público brasileiro ou, pelo menos uma integrante do grupo econômico possua estabelecimento no Brasil, de manter tais dados ou comunicações em formato interoperável e estruturado para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial.

Em resumo, e em ordem direta de enunciação, os provedores de conexões e de aplicações devem manter os dados de acesso e de comunicação em formato interoperável e estruturado para o atendimento das determinações judiciais.

A propósito, cumpre observar que o inciso IV do artigo 13 do Decreto nº 8.771/2016 indica o dever de os provedores de conexão e aplicações, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas observar a diretriz de uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes. Ou seja, a inviolabilidade é imperativa, a ser garantida, também, pelo uso de solução como a encriptação ou medidas equivalentes, o que não significa acolher a argumentação de que, em havendo criptografia, os provedores estejam dispensados do dever de possuir os dados de forma estruturada e interoperável.

Ainda, o art. 10, § 2º, da Lei nº 12.965/2014 estabelece que "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, que tratam, respectivamente, da inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei, e da inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. Daí se conclui que os provedores têm o dever de fornecer o conteúdo das comunicações armazenadas quando instados pelo Poder Judiciário.

No caso dos autos, estão presentes os requisitos da Lei nº 9.296/96 para a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, tendo em conta que apontados indícios da prática de condutas graves, que envolviam crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de capitais e organização criminosa.

No tocante à alegação de que há outros meios de investigação criminal menos onerosos e invasivos do que a interceptação do fluxo das comunicações via Whatsapp, não compete à empresa questionar a forma como a autoridade policial deve conduzir as investigações. Além disso, conforme entendimento do STJ, "(...) deve-se asseverar que 'é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar

absolutamente inviável(...)" (HC 468.604/PR, j. 25/09/2018)

Importa destacar, também, que os dados requeridos pelo Juízo de origem pertencem às pessoas investigadas, de modo que somente ao Juiz da causa compete decidir sobre a imprescindibilidade do afastamento do respectivo sigilo, para os fins do esclarecimento dos fatos investigados.

Eventuais entraves operacionais e sistêmicos enfrentados pela companhia não são fundamento para afastar cumprimento de ordem judicial, cabendo à empresa providenciar aprimoramento de seu sistema para sempre atender às demandas correlatas ao serviço que se dispõe a prestar.

Com efeito, a colaboração da apelante para a identificação da autoria e comprovação da materialidade mostrava-se indispensável, não sendo admissível a negativa apresentada, tampouco a desídia demonstrada em relação à legislação pátria e à ordem emanada pela Justiça criminal.

Diante deste quadro, resta evidenciado o descumprimento da decisão judicial, que determinou a interceptação das comunicações realizadas via WhatsApp no período de 19/10/2016 a 29/11/2016, de investigados no âmbito da Operação "Simon".

8. Da legalidade da imposição da sanção

Inicialmente diga-se não estarem as empresas aptas a discutir a utilidade dos dados para o procedimento, restando afastadas quaisquer alegações que digam com a pertinência das requisições, salvo casos excepcionais de franca ilegalidade. Some-se a isso a impossibilidade de constatar, no caso concreto, se a prova era ou não útil, já que a investigação, na origem, está acobertada por segredo judicial.

É cabível a imposição de multa diária por descumprimento de decisão judicial ou por seu cumprimento a destempo, mesmo em sede processual penal. Neste sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

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, § 5.5, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.2 do Código de Processo Penal' (RMS 44.892/SP, Rei. 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. 1.006.473/PR, Rei. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rei. 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 44.892/5P.

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)

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: HC203.405/MS, Rei. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/6/2011, DJe 7/7/2011.

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 esquivar 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.

6. 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.

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.

(STJ. RO MS 44.892/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJE 15-4-2016).

Com efeito, é inequívoco e inquestionável que a Constituição Federal e o sistema legal outorgaram às autoridades judiciais "potestas coercenci" que lhe permite praticar atos dessa natureza, respectivamente no curso do inquérito e da relação processual". Nesse sentido, "há atos de coação processual que recaem sobre pessoas (atos de coação pessoal) e atos dessa natureza que recaem sobre coisas (atos de coação real). Por outro lado, esses atos de coação podem constituir atividade persecutória, atividade cautelar ou atividade instrutória" (José Frederico Marques, in Elementos de Direito Processual Penal, Ed. Bookseller, 1998, Vol. I, p. 159).

Logo, não há falar que a autoridade judicial, que tem o poder de decretar a prisão de um indivíduo (coação pessoal) ou determinar o arresto ou seqüestro de bens (coação real), não possa cominar medida coercitiva diversa, que não desborda deste espectro. É certo que, no caso dos autos, a Facebook Brasil não se trata de parte integrante da relação processual penal, mas de terceiro que fora instado ao cumprimento de ordem judicial de interceptação telemática, no âmbito do autos de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº 5007191- 34.2016.4.04.7200, relacionado ao IPL no 5007189-64.2016.4.04.7200, no qual se investiga a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de lavagem de dinheiro e de constituição de organização criminosa.

Todavia, cumpre destacar que o legislador pátrio não descurou da necessidade de também direcionar medidas coercitivas em face de terceiros não integrantes da relação processual penal (v.g. arts. 125; 201, §1º; 218; 219; 260; 264; 277; 278; 281; 411, §7º; 436, §2º; 442; 458; 461, §1º; 466, 535; 655; todos do Código de Processo Penal) ou mesmo de tipificar condutas como, por exemplo, o crime de desobediência (art. 330 do CP).

No caso em tela, uma vez que a ordem judicial de interceptar as comunicações realizadas via Whatsapp, no período de 19/10/2016 a 29/11/2016, não foi cumprida, em 08/11/2017, a magistrada de origem determinou o bloqueio do valor da multa aplicada relativa ao referido período, que somou 42 (quarenta e dois dias).

A medida encontra respaldo no art. 12, II, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e no art. 527 do Código de Processo Civil, aplicados supletivamente, conforme disposto no artigo 3º do CPP (A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito).

Eis o teor e o contexto em que inseridos:

- Lei 12.965/2014:

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

§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.

- CPC:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§1º Para atender ao disposto no 'caput', o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§2º O valor da multa será devido ao exequente.

§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. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Sobre a natureza da multa coercitiva no ordenamento jurídico pátrio, destaque:

"A inspiração da previsão vem, como parece nítido, da sanção pecuniária do direito francês (astreinte), embora com certos toques da *zwangsgeld* alemã. As astreintes são, na definição de Roger Perrot, um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações.

Realmente calha observar de pronto que a multa coercitiva brasileira, embora tenha inspiração nos dois sistemas mencionados, não pode ser confundida com nenhuma

das figuras presentes nestes. Essa observação é fundamental porque o direito brasileiro, diante da ausência de previsões específicas a propósito da disciplina dessa multa, acaba por aplicar, sem maiores preocupações, a experiência do sistema francês, desvirtuando em muito a função e a tipicidade do meio de pressão nacional. Seguir, sem nenhuma razão adequada, o caminho estabelecido para a astreinte francesa no sistema nacional é, com efeito, um grande equívoco, já que carece de fundamento hermenêutico razoável (não há nenhuma regra que admita a aplicação subsidiária do direito francês ao brasileiro), gerando, ademais, sérias distorções na harmonia do ordenamento pátrio.

Para evitar que assim se proceda, parece ser conveniente demonstrar as diferenças existentes entre a sanção pecuniária brasileira e seus equivalentes francês e alemão. Já foram observadas, por ocasião da análise dos instrumentos de proteção inibitória no direito estrangeiro, as peculiaridades de cada uma dessas sanções pecuniárias.

Viu-se que a multa do direito alemão é considerada como uma punição ao desrespeito à ordem estatal, cabível somente em casos específicos, taxativamente enumerados na legislação daquele país. Observou-se também que a *zwangsgeld* tem como destinatário o próprio Estado (já que é o contraponto à desobediência manifestada pelo ordenado, sem nenhum conteúdo indenizatório). Ao contrário disso, as astreintes francesas não visam tutelar, especificamente, certas categorias de prestações, mas, ao contrário, têm caráter genérico, cabendo em qualquer espécie de prestação e para todas as circunstâncias. Além disso, o valor arrecadado com a multa francesa é atribuído ao credor (prejudicado pela ausência do ato que se queria impor ao obrigado), e não ao Estado. Assim, se dá porque a origem da astreinte francesa está na deformação do conceito de perdas e danos, dando-lhe natureza indenizatória (tanto que baseada no art. 1.142 do CC francês, que prevê que todas as obrigações, em caso de inadimplência, se resolvem em perdas e danos), ainda que com função cominatória.

Em vista desses dois sistemas, pode-se facilmente perceber que o direito brasileiro optou por criar um híbrido deles, formando um 'tertium genus', típico do sistema nacional. Realmente, a multa do art. 84 do CDC (assim como aquela prevista no art. 461 do CPC) não tem, como se verá melhor a seguir, nenhum caráter indenizatório. É o que resulta expresso no §2º do artigo em exame, ao dizer que eventual indenização - resultante da conversão da obrigação in natura em perdas e danos, conforme se faculta no §1º - dar-se-á sem prejuízo da cobrança da multa coercitiva imposta. Tem ela, isto sim, a função típica cominatória, em sanção à renitência no cumprimento de uma determinação judicial." (Sérgio Cruz Arenhart, in *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 350- 352).

Ensina, ainda, o doutrinador, que a multa sancionatória "presta-se a proteger a autoridade da função jurisdicional. Seu objetivo não é proteger diretamente o interesse do autor, senão dar efetividade à decisão do Estado, concretizando o 'imperium' de que é dotada. Nesse sentido, a multa brasileira assemelha-se muito mais ao 'contempt of Court' anglo-americano e à 'Zwangsgeld' alemã que as astreintes francesas - que, repita-se, têm origem em um desvirtuamento da tutela indenizatória" (ob.cit. p. 370).

Ressalta que "a decisão judicial é imperativa para as partes porque deriva da autoridade pública - que detém o monopólio da força legítima -; e, assim, não sendo nula a decisão, deve ela ser cumprida, pois, se assim não for, "põe-se por terra todo o esforço do jurista no intuito da efetividade do processo" (ob.cit. 370).

Portanto, diferentemente do que sustenta a recorrente, sujeitar a imposição, ou

Superior Tribunal de Justiça

melhor, a efetivação da multa em questão ao processo executivo, com inscrição em dívida ativa e seus ulteriores desdobramentos, significa descurar da função processual e coercitiva que a medida se reveste. É subverter a lógica e a essência do princípio da efetividade da jurisdição.

Além disso, as decisões de quebra de dados e as incidentais de garantia do cumprimento de tais decisões, proferidas dentro da relação principal-acessório, são de natureza eminentemente penal, por expressa disposição Constitucional, cravada no artigo 5º, XII:

XII - é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipótese e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Logo, não se pretende, com a imposição de sanção pecuniária, indenizar a parte ou expropriar o devedor, mas assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, sob pena de tornar inócua e ineficiente a tutela do processo e dos interesses públicos envolvidos.

A multa sancionatória em questão, como acima explicitado, se aproxima mais do instituto anglo-saxônico da contempt of Court do que das astreintes, e com esta não se confunde.

A propósito, oportuno salientar que no direito anglo-saxônico há, por corolário lógico-jurídico, tratamento distinto se a questão é civil ou criminal.

"A contempt of court is disobedience to a court's order or disrespect to its authority, either in or out of court. Despite the silence of the Constitution on this subject, an inherent power of contempt, derived from common law, has been deemed necessary to insure that federal courts are able to enforce their judgment and orders. (...) A criminal contempt is an act that cannot be purged, and for which punishment is imposed to vindicate the authority and dignity of the court. A person who commits a criminal contempt may be charged under statute for a separate crime and separately tried, or may be summarily held in contempt without the rights afforded a criminal defendant". (The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, Oxford University Press, 1992, p. 193).

Em livre tradução:

"A 'contempt of court' é a desobediência às ordens da Corte ou desrespeito à sua autoridade, ou uma ou outra, dentro ou fora do tribunal. Apesar do silêncio da Constituição sobre o tema, um poder inerente de 'contempt', derivado da 'common law', foi considerado necessário para garantir que as Cortes Federais sejam capazes de impor suas decisões e ordens. (...) A desobediência criminal é um ato que não pode ser purgado, e a punição é imposta para resguardar a autoridade e a dignidade da Corte. A pessoa que comete uma desobediência criminal pode ser responsabilizada e julgada criminalmente, ou pode ter sumariamente afetado seus direitos sem as garantias oferecidas a um réu criminal."

Ainda sobre o tema, trago excerto de estudo do Prof. Araken de Assis publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (www.abdpc.org.br):

"Em última análise, a diferença substancial entre as duas espécies reside na circunstância de que, no 'civil contempt', a ofensa atinge a parte, enquanto no criminal ela visa, exclusivamente, à autoridade do juiz. Também se distinguem quanto aos efeitos. No primeiro caso, exige-se a instauração de procedimento para aplicar a respectiva sanção, porque se refere a fatos passados, e neste procedimento se observarão as tradicionais garantias do 'due process of law' (representação técnica,

acesso à prova, e assim por diante); no segundo, a punição é imediata e não depende dessas formalidades. No contempt criminal, a pena é a prisão ou a multa, esta última de quantia e duração indeterminadas, e sumariamente impostas, não se exigindo O descumprimento (Je norma /ega/, mas O da ordem do juiz". (Destaquei.)

Diante de tais ponderações, resta evidenciado que a multa ora aplicada não possui caráter compensatório/indenizatório, mas punitivo, se revestindo também de caráter preventivo, posto que visa coibir futuros descumprimentos e, ainda, preservar a eficácia das

decisões judiciais, em especial aquelas proferidas em processos criminais.

Assim, tratar a multa em questão como aquela imposta nos processos cíveis, sujeitando-a ao processo executivo e à prévia inscrição em dívida, é retirar-lhe sua essência e finalidade. É, por via indireta, suprimir a jurisdição penal de importante mecanismo de coerção voltado, não aos interesses do Estado ou do juiz, mas da sociedade.

Não se olvide, ademais, que a ordem não atendida pela apelante não é suscetível de cumprimento por outrem ou satisfação por meio diverso.

Em suma, a multa aplicada tem caráter punitivo, não compensatório ou indenizatório, afastando o campo de incidência do processo civil para sua fundamentação. No caso, não se está tratando de imposição de multa lastreada no processo civil, e, sim, do exercício dos poderes de indução conferidos ao juiz pelo Código de Processo Penal, para o fim de coibir futuros descumprimentos e preservar a eficácia das decisões judiciais.

9. Da execução da multa imposta pelo Juízo criminal

O valor de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais) foi efetivamente bloqueado, em 15/12/2017, pela Juíza Federal Janaina Cassol Machado conforme extrato do Bacenjud (evento 16).

O sistema Bacenjud, conforme se infere na própria página do Banco Central do Brasil (www.bcb.gov.br), "é um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço e suporte a cargo do Banco Central. Por meio desse sistema, os magistrados protocolizam ordens judiciais de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados, que são transmitidas às instituições bancárias para cumprimento e resposta".

O Bacenjud não foi concebido ou é utilizado exclusivamente para a penhora on-line ou para o processo executivo. Ao revés, foi estruturado e desenvolvido como importante mecanismo para facilitar, agilizar e dar eficácia ao cumprimento das medidas judiciais, inclusive de natureza penal.

E, como já mencionado, é inexorável que a interpretação teleológica do sistema processual penal, assim como os princípios da proteção jurisdicional e da efetividade da jurisdição, conferem ao magistrado poder geral de cautela que, por sua vez, legitima a adoção do bloqueio.

Vale salientar que a medida não se reveste de simples inovação ou importação do processo civil, porquanto o § 4º do artigo 144-A do Código de Processo Penal, ao tratar das medidas assecuratórias e seus desdobramentos, contempla o instituto da indisponibilidade sobre dinheiro, inclusive em moeda estrangeira, títulos e valores mobiliários ou cheques emitidos.

Por outro lado, diferentemente do que alega a impetrante, não se pode cogitar violação ao devido processo legal. É que o lastro argumentativo da impetrante pressupõe, equivocadamente, a necessária formação de processo executivo.

Ainda que tratadas em outro contexto, as palavras do constitucionalista português Jorge Miranda (in Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo IV, p. 264): "aos diferentes tipos de actos jurídico- públicos e à sua diferente articulação com a Constituição correspondem diversos modos de reacção e de organização da tutela jurisdicional".

"É imperativo perceber que a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete à restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, em sentido opostos" (Gilmar Mendes, in Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2014, 9ª edição, p. 451).

Nesse sentido, depreende-se que a apelante foi devidamente intimada da decisão judicial que lhe advertiu das consequências do descumprimento da ordem, proferida nos seguintes termos (evento 114 dos autos nº 5007191-34.2016.4.04.7200):

Diante da notícia de descumprimento das ordens judiciais anteriormente dirigidas à empresa administradora do aplicativo WhatsApp, a fim de evitar outros atrasos ou não cumprimento da requisição ora autorizada, fixo a multa diária de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), com base no art. 537 do CPC, c/c art. 3º do CPP.

Assim, o bloqueio, como medida coercitiva, não suprime da parte o acesso à justiça ou aos meios legais disponíveis para defender-se. Não se sujeita, porém, como pretende a recorrente, ao prévio processo executivo, porquanto não consentâneo com sua natureza e finalidade.

De outro lado, o exame da legislação processual penal evidencia que não necessariamente as multas e outras cominações da legislação penal serão submetidas ao processo executivo mediante a intervenção da Fazenda Nacional.

Da mesma forma, quando a legislação penal trata da alienação antecipada de bens, o faz prevendo um procedimento sumário, não um processo executivo.

Observa-se na legislação processual penal que as medidas coercitivas e assecuratórias revestem-se, pela sua natureza e essência, de autoexecutoriedade.

Outrossim, importa ressaltar que decisão acessória, de coerção para cumprimento da decisão principal de fornecimento de informações, é estabelecida em defesa do poder jurisdicional do magistrado, cabendo a ele, ou às autoridades jurisdicionais superiores, o cancelamento, agravamento ou revisão de qualquer forma.

Portanto, a multa aplicada no âmbito processual penal não está no poder de disposição do Ministério Público, o qual não tem o poder de alterá-la, revisá-la ou mesmo de a ela renunciar. Daí porque, dispondo o magistrado de ferramenta de bloqueio de valores via Bacenjud, pode ele próprio fazê-lo, para compelir o cumprimento de sua decisão, sendo despidendo pedir para o Ministério Público, ou à Fazenda Pública, para que, por sua vez, requeiram a um juiz cível o cumprimento de sua decisão.

10. Da redução do valor da multa imposta

No tocante ao valor da multa diária, exarada pela magistrada de origem em de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), e a aplicação dos termos inicial e final (19/10/2016 a 29/11/2016), totalizando 42 (quarenta e dois) dias de descumprimento da ordem judicial, o valor final resultante é de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais).

Não obstante a situação econômica privilegiada da empresa apelante, à luz do critério proporcionalidade, que deve nortear a atuação jurisdicional, cabível a redução do valor diário individual da multa para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme precedentes da Sétima Turma deste Regional, o qual se mostra suficiente para atingir as penalidades punitiva, preventiva e pedagógica da medida.

Superior Tribunal de Justiça

A propósito, destaco o seguinte julgado:

PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE FLUXO DE DADOS DO SERVIÇO DE MENSAGENS WHATSAPP. LEI 12.965/2014. MARCO CIVIL DA INTERNET. REPRESENTANTE NO BRASIL. FACEBOOK. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. MULTA SANCIONATÓRIA. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE SUBMISSÃO DA CAUSA a JUÍZO E PROCESSO DE EXECUÇÃO CÍVEIS. LEGITIMIDADE DO JUIZ CRIMINAL FAZER VALER SUAS DECISÕES. JURISDIÇÃO CRIMINAL ESPECIALIZADA DOS TRIBUNAIS. VALOR DA MULTA.

(...) 9. O valor da multa diária de R\$ 50.000,00 pelo descumprimento de decisão judicial é parâmetro razoável e adequado, ponderando-se a proporcionalidade sob os aspectos do descumprimento e da gravidade dos fatos cuja apuração foram colocados em risco pela impetrante. Precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

(TRF4, MS nº 5026052-03.2017.404.0000, 7ª Turma, Rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, por unanimidade, j. 27/11/2017)

Assim, considerando os 42 (quarenta e dois) dias de descumprimento da requisição judicial, o total da multa aplicada deve ser reduzido para R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais).

Ante o exposto, voto por autorizar a intervenção da WhatsApp Inc. nos autos como assistente simples e dar parcial provimento à apelação, tão somente para reduzir o valor da multa imposta, nos termos da fundamentação.

Busca a recorrente, em síntese, que seja afastada a multa diária aplicada pelo Juízo Federal criminal, em razão do descumprimento de decisão que determinou a interceptação do fluxo de comunicações do aplicativo *WhatsApp* de investigados no âmbito da Operação "Simon", reconhecendo-se, por conseguinte, a nulidade do bloqueio por meio do sistema Bacen-Jud.

Não obstante as diversas teses trazidas no presente *mandamus*, atendo-me à análise da legalidade da imposição de multa diante do descumprimento de ordem judicial que determinou a quebra de sigilo e interceptação telemática de aplicativo *WhatsApp* pelo Facebook Serviços Online do Brasil LTDA.

Cumprе destacar, de início, que não se desconhece os precedentes desta Corte no sentido do cabimento da imposição de multa por descumprimento, ou cumprimento a destempo, de ordem judicial, apesar de não haver disposição expressa a respeito no Código de Processo Penal, aplicando-se, por analogia, o disposto no Código de Processo Civil. Nesse sentido: Inq. 784/DF, Relatora Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe 28/8/2013; Agrg no RMS 55.050/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/10/2017; RMS 54.444/RJ, DJe 13/10/2017, Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA.

Ressalto, no entanto, que, por ocasião do julgamento do RMS 54.444/RJ pela Sexta

Turma, em 12/9/2017, em hipótese semelhante a que ora se analisa, manifestei posição divergente, em relação à qual proponho nova discussão.

Embora compartilhe da preocupação em seguir os precedentes da Corte, prestigiando, assim, a segurança jurídica, entendo que o tema merece novo debate, porque não vejo como discutirmos em processo penal questão de caracterização de descumprimento de ordem judicial, de proporcionalidade ou de execução provisória de *astreintes*, quando pretende o juiz criminal, a pretexto de analogia, não seguir rito, mas impor penas.

Conforme relatado, as decisões que ora se pretende desconstituir fixaram o pagamento de multa diária, em razão de descumprimento de ordem judicial encartada em procedimento de investigação criminal. Trata-se, portanto, de uma medida coercitiva típica de direito processual civil, de caráter cominatório, deferida na fase inquisitorial.

Com efeito, o Código de Processo Penal, em seu art 3º, admite a interpretação extensiva e a autointegração. Assim, somente sendo omissa a legislação processual penal, é possível a aplicação analógica do Código de Processo Civil (AgRg no HC 256.818/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013; EREsp 287.390/RR, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/08/2004, DJ 11/10/2004), vedada, contudo, a analogia de norma sancionadora.

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, pois, 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 malam partem*. A esse respeito:

PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

PASSÍVEL DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO: EXCEPCIONALIDADE DIANTE DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. 2. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (ART. 18 DO CPC/1973) NA SEARA PENAL. ILEGALIDADE. ANALOGIA IN MALAM PARTEM.

[...]

3. Pelo menos desde 2009, quando foi levada a julgamento a APn 477/PB, de relatoria da Ministra ELIANA CALMON, a Corte Especial deste Tribunal Superior vem afirmando a impossibilidade de imposição de multa por litigância de má-fé na seara penal, por considerar que sua aplicação constitui analogia in malam partem, sem contar que a imposição de tal multa não prevista expressamente no Processo Penal implicaria prejuízo para o réu na medida em que inibiria a atuação do defensor. Precedentes.

4. É manifestamente ilegal o ato judicial que, em maio/2012, anos após a pacificação do tema pela jurisprudência desta Corte, insiste em impor multa por litigância de má-fé (art. 18, CPC/1973) ao réu, na seara penal, impõe multa por litigância de má-fé, quando tal sanção não encontra amparo na legislação penal e não admite aplicação analógica por caracterizar analogia in malam partem.

5. Agravo regimental do impetrante provido, para dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, e, por consequência, conceder a segurança pleiteada, determinando seja excluída a multa por litigância de má-fé imposta no ato judicial apontado como coator. (AgRg no RMS 44.129/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 13/05/2016.)

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS ACLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INFUNDADO. NÍTIDO CARÁTER PROTRELATÓRIO. DESVIRTUAMENTO DO CÂNONE DA AMPLA DEFESA. ABUSO DE DIREITO. DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM PARA IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

1. A recorribilidade vazia, infundada, como in casu, tão somente com nítido intuito protelatório, configura abuso do direito de recorrer e não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em respeito aos postulados da lealdade e boa fé processual, além de se afigurar desvirtuamento do próprio cânone da ampla defesa.

2. Não obstante na esfera penal não ser viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é perfeitamente possível, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, a baixa dos autos, independentemente da publicação do acórdão, para que inicie o cumprimento da pena imposta.

3. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de imediata baixa dos autos à Vara de origem, para fins de execução da sentença condenatória, independentemente da publicação deste acórdão e da eventual interposição de outro recurso, devendo a Coordenadoria da Sexta Turma certificar o trânsito em julgado. (EInf nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 408.256/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 18/02/2014.)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial a fim de desconstituir as decisões de primeiro grau que aplicaram ao recorrente a multa por descumprimento de determinação judicial, prevista no art. 537 do Código de Processo Civil/2015 c/c art. 3º do Código de Processo Penal, ficando, por conseguinte, prejudicada a análise das demais teses arguidas.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0373629-8

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.853.580 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201903736298 50071913420164047200 50135696920174047200

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 11/03/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 - SP124516
GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
MARIANA SOUZA BARROS REZENDE - SP288556
BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552
JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384
LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : WHATSAPP INC
ADVOGADOS : DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO - SP200793
MARCELA TRIGO DE SOUZA - RJ127614

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Medidas Assecuratórias - Indisponibilidade / Sequestro de Bens

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 o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso para desconstituir as decisões de primeiro grau que aplicaram à recorrente a multa por descumprimento de determinação judicial, com base no art. 537 do CPC/2015 c/c art. 3º do Código de Processo Penal, pediu vista o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Aguardam os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Laurita Vaz, Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.853.580 - SC (2019/0373629-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516
GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
MARIANA SOUZA BARROS REZENDE - SP288556
BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552
JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384
LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : WHATSAPP INC
ADVOGADOS : DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO - SP200793
MARCELA TRIGO DE SOUZA - RJ127614

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. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). 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, no 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 regra 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.

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 reconhecida 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 perseguição 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, a preliminar de ilegitimidade merece ser afastada, conforme exposto. Em relação à desconsideração da personalidade jurídica, a tese não deve ser conhecida, por força da incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

9. No tocante 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:

"APELAÇÃO. DECISÃO QUE IMPÔS MULTA SANCIONATÓRIA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. INTERCEPTAÇÃO DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES VIA APLICATIVO WHATSAPP DETERMINADA NO BOJO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (OPERAÇÃO "SIMON"). AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. INTERVENÇÃO DA WHATSAPP INC. COMO ASSISTENTE SIMPLES. DESCABIMENTO. LEGITIMIDADE DA FACEBOOK DO BRASIL PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO. CRIPTOGRAFIA. DADOS DE COLETA, GUARDA, ARMAZENAMENTO E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS OU DE COMUNICAÇÃO DEVERÃO SER MANTIDOS EM FORMATO INTEROPERÁVEL E ESTRUTURADO PARA FACILITAR O ACESSO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL OU DETERMINAÇÃO LEGAL. NATUREZA COERCITIVA DA MULTA. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACENJUD. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR. APELO PROVIDO EM PARTE.

1. Foi determinada à empresa Facebook do Brasil a interceptação do fluxo das comunicações do aplicativo WhatsApp de investigados no âmbito da Operação "Simon", com vista à apuração de supostos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de lavagem de dinheiro e de constituição de organização criminosa, com a fixação de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dia, no caso de eventual descumprimento. Em razão da inércia da companhia, foi determinada a aplicação da multa relativa ao período de 42 (quarenta e dois) dias, no valor total de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais), o qual foi bloqueado das contas bancárias, via Bacenjud, pelo Juízo de origem.
2. Sem descurar do caráter vinculante do quanto for decidido na ADI-5527, lastreada na discussão da constitucionalidade do art. 10, § 2º, e art.12, III e IV, ambos da Lei nº 12.965/14, e na ADPF-403, ajuizada visando a obstar a determinação de suspensão dos serviços do WhatsApp, ambas encontram-se ainda em andamento. Portanto, nada obsta que o curso deste processo tenha prosseguimento.
3. Não há qualquer relação de prejudicialidade da presente apelação e a ACR nº 5003809-05.2017.4.04.7004, julgada pela Oitava Turma, a qual havia decidido baixar os autos em diligência, para a realização de prova técnica. A conexão por prejudicialidade se dá quando a decisão de uma causa interferir na solução da outra, o que não se cogita no caso dos autos, em que os feitos tratam tão somente de questão fático-jurídica semelhante.
4. Não se admite a intervenção da WhatsApp Inc. como assistente simples. Não existe relação jurídica entre o WhatsApp Inc. e

o Facebook Serviços OnLine do Brasil Ltda. A condição de integrante do mesmo grupo econômico não traduz relação jurídica capaz de ensejar a admissão como assistente. No caso presente, não é possível afirmar com segurança, com base no pertencimento ao mesmo grupo econômico, que o WhatsApp esteja sofrendo os efeitos da decisão recorrida, sequer reflexamente. O valor da multa/astreinte está indisponibilizado na conta do Facebook Serviços OnLine do Brasil Ltda, com capacidade de ser destinatário da lei brasileira. Vencida a Relatora, que entendia que a WhatsApp Inc. tem interesse jurídico na demanda, uma vez que, à luz da legislação brasileira, deve desenvolver soluções técnicas para disponibilizar o fluxo de informações, em cumprimento a ordem judicial, uma vez que, em casos como os dos autos, a medida se mostra como meio imprescindível para obtenção de elementos informativos, em razão da natureza das condutas investigadas.

5. A ponderação do conflito entre valores constitucionais que a complexidade deste caso oferece não parece ser passível de resolução no seio do Poder Judiciário, ao menos no âmbito desta Corte, exigindo intervenção legislativa. Trata-se de ponderação a ser promovida por meio de lei, dados os contornos e multiplicidade de interesses em conflito e a profusão de informações e debates necessários à tomada de decisão.

6. Instituições devem lidar com constrangimentos e limitações reais e a estruturação dos poderes do Estado se dá em função da escassez informacional. Cabe à legislação concretizar o direito constitucional à livre iniciativa, e não o juiz remover leis editadas para excepcionar determinada classe de empreendedores, sem contar com toda a informação que possa a fluir dos diversos setores sociais. Em especial quando os interesses constitucionais em conflito sejam tão prementes quanto ao da segurança pública, em confronto com o da livre iniciativa. O Judiciário não é o órgão melhor equipado a solver tal conflito. Por atribuição deve, prioritariamente, resolver disputas concretas mediante o uso de informações sobre eventos passados, no interesse de litigantes. As informações são produzidas segundo garantias processuais e regras procedimentais e a adjudicação é baseada em provas e evidências antagônicas, submissíveis ao contraditório. Tribunais (Juízos, Juizados, Turmas Recursais ou Tribunais, assim como seus órgãos fracionados) são especificamente aparelhados para a coleta de provas que permitam a tomada de decisões em condições de informação incompleta. Não pode este Tribunal Regional, com os dados que dispõe, afastar o cumprimento de exigência legal em nome do princípio do livre mercado, processando informações técnicas e também de preferências coletivas de âmbito nacional, tarefa à qual o legislador - ou talvez o próprio STF, com atuação em todo o Brasil e mediante o uso da modalidade de audiência pública - está nitidamente mais capacitado. Cabe à empresa interessada interceder perante as instâncias responsáveis pelo balanceamento proposto em sentido geral e prospectivo.

7. Ainda que assim não fosse, a prestação de informações ao juiz é tecnicamente possível, mesmo em caso de encriptação ponta-a-ponta. Poderia o Whatsapp desenvolver meios de capturar o código fornecido para habilitação do Whatsapp WEB, utilizando-o para fins de espelhamento, mediante determinação judicial, satisfazendo, assim, a

obrigação legal, conforme laudo pericial elaborado no bojo dos autos nº 5003809-05.2017.4.04.7004. Não parece estar afastada, pelo laudo, a possibilidade de entrega do código QR à investigação - para os casos que dispensem a não-notificação ao usuário, ou naquelas em que a notificação não irá ocorrer automaticamente - o que não teria relação direta com as propaladas inviabilidades técnicas decorrentes da encriptação ponta-a-ponta. Nos casos em que houver necessidade de interceptação de fluxo contínuo de comunicação de usuários de desktop, o sistema desenvolvido pela empresa não parece ser infenso à construção de programas ou alternativas que permitam o cumprimento do dever legal. Deverá, por certo, manter controle estrito sobre tais alternativas, justamente como preveem as disposições do Marco Civil da Internet.

8. A assertiva de que inexistiria regulação que impusesse a necessidade de quebra da criptografia pelas plataformas de comunicação online não parece proceder, sendo que é possível identificar, opostamente, a existência de obrigação legal de informar mediante ordem judicial. A possibilidade de encriptação não exclui o dever de preservar e entregar os dados às autoridades judiciárias, ou exclui o Whatsapp de possibilitar a interceptação do fluxo de comunicação - ou algo que lhe faça as vezes. Os provedores de conexões e de aplicações devem manter os dados de acesso e de comunicação em formato interoperável e estruturado para o atendimento das determinações judiciais. No caso dos autos, estão presentes os requisitos da Lei nº 9.296/96 para a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, tendo em conta que apontados indícios da prática de condutas graves, que envolviam crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de capitais e organização criminosa. Eventuais entraves operacionais e sistêmicos enfrentados pela companhia não são fundamento para afastar cumprimento de ordem judicial, cabendo à empresa providenciar aprimoramento de seu sistema para sempre atender às demandas correlatas ao serviço que se dispõe a prestar. A colaboração da apelante para a identificação da autoria e comprovação da materialidade mostrava-se indispensável, não sendo admissível a negativa apresentada, tampouco a desídia demonstrada em relação à legislação pátria e à ordem emanada pela Justiça criminal. Evidenciado o descumprimento da decisão judicial, que determinou a interceptação das comunicações realizadas via WhatsApp, em período determinado, de investigados no âmbito da Operação "Simon".

9. Não obstante a interceptação das comunicações do aplicativo WhatsApp devesse ser implementada pela empresa WhatsApp Inc., localizada no exterior e sem representação jurídica no Brasil, a ordem judicial foi dirigida à Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., por ser empresa sediada em território nacional que integra o mesmo grupo econômico, com fundamento no art. 11 do Marco Civil da Internet. Na solicitação de informações a grupos empresariais, como é o caso da relação Facebook e WhatsApp, o Poder Judiciário, diante da urgência e gravidade dos fatos criminosos que almejava evitar e esclarecer, pode exigir que a informação seja prestada por pessoa jurídica situada no Brasil, a qual detém conhecimentos suficientes para encaminhar a decisão judicial para o pronto atendimento pelo

setor competente ou por outra empresa pertencente ao conglomerado, localizada em território estrangeiro.

10. O Marco Civil da Internet no Brasil estabelece que os dados de coleta, guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais ou de comunicação deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal, respeitadas as diretrizes do artigo 13 do Decreto nº 8.771/2016. Os provedores de conexões e de aplicações devem manter os dados de acesso e de comunicação em formato interoperável e estruturado para o atendimento das determinações judiciais.

11. Cabível a imposição de multa diária por descumprimento de decisão judicial ou por seu cumprimento a destempo, mesmo em sede processual penal. Precedentes do STJ. A medida encontra respaldo no art. 12,II, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e no art. 527 do CPC, aplicados supletivamente, conforme disposto no artigo 3º do CPP.

12. Não se pretende, com a imposição de sanção pecuniária, indenizar a parte ou expropriar o devedor, mas assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, sob pena de tornar inócua e ineficiente a tutela do processo e dos interesses públicos envolvidos. A multa sancionatória em questão, como acima explicitado, se aproxima mais do instituto anglo-saxônico da contempt of Court do que das astreintes, e com esta não se confunde.

13. A multa aplicada não possui caráter compensatório/indenizatório, mas punitivo, se revestindo também de caráter preventivo, posto que visa coibir futuros descumprimentos e, ainda, preservar a eficácia das decisões judiciais, em especial aquelas proferidas em processos criminais. Tratar a multa em questão como aquela imposta nos processos cíveis, sujeitando-a ao processo executivo e à prévia inscrição em dívida, é retirar-lhe sua essência e finalidade. É, por via indireta, suprimir a jurisdição penal de importante mecanismo de coerção voltado, não aos interesses do Estado ou do juiz, mas da sociedade. Não se está tratando de imposição de multa lastreada no processo civil, e, sim, do exercício dos poderes de indução conferidos ao juiz pelo Código de Processo Penal, para o fim de coibir futuros descumprimentos e preservar a eficácia das decisões judiciais.

14. O sistema Bacenjud não foi concebido ou é utilizado exclusivamente para a penhora on-line ou para o processo executivo. Foi estruturado e desenvolvido como importante mecanismo para facilitar, agilizar e dar eficácia ao cumprimento das medidas judiciais, inclusive de natureza penal.

15. É inexorável que a interpretação teleológica do sistema processual penal, assim como os princípios da proteção jurisdicional e da efetividade da jurisdição, conferem ao magistrado poder geral de cautela que, por sua vez, legitima a adoção do bloqueio. Tal medida coercitiva não suprime da parte o acesso à justiça ou aos meios legais disponíveis para defender-se. Não se sujeita ao prévio processo executivo, porquanto não consentâneo com sua natureza e finalidade.

16. Na legislação processual penal, as medidas coercitivas e assecuratórias revestem-se, pela sua natureza e essência, de autoexecutoriedade. A decisão acessória de coerção para cumprimento da decisão principal de fornecimento de informações é estabelecida em

Superior Tribunal de Justiça

defesa do poder jurisdicional do magistrado, cabendo a ele, ou às autoridades jurisdicionais superiores, o cancelamento, agravamento ou revisão de qualquer forma. Portanto, a multa aplicada no âmbito processual penal não está no poder de disposição do Ministério Público, o qual não tem o poder de alterá-la, revisá-la ou mesmo de a ela renunciar. Daí porque, dispondo o magistrado de ferramenta de bloqueio de valores via Bacenjud, pode ele próprio fazê-lo, para compelir o cumprimento de sua decisão, sendo despidendo pedir para o Ministério Público, ou à Fazenda Pública, para que, por sua vez, requeiram a um juiz cível o cumprimento de sua decisão.

17. Não obstante a situação econômica privilegiada da empresa apelante, à luz do critério proporcionalidade, que deve nortear a atuação jurisdicional, cabível a redução do valor diário individual da multa para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), o qual se mostra suficiente para atingir as finalidades punitiva, preventiva e pedagógica da medida. Precedentes da Sétima Turma desta Corte.

18. Apelo provido em parte. " (e-STJ, fls. 943-947).

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos sem efeitos modificativos (e-STJ, fls. 1.019-1.021).

Nas razões do recurso especial, o recorrente alega, em suma: **a)** violação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica em razão da responsabilização solidária do Facebook Brasil pelos serviços prestados pelo WhatsApp Inc.; **b)** ilegalidade da aplicação da multa; **c)** a impossibilidade do bloqueio de valores realizados por meio do Bacen-Jud.

A questão principal dos autos cinge-se à possibilidade da aplicação de multa em razão de descumprimento de determinação de interceptação de comunicação via aplicativo Whatsapp.

O eminente relator, Ministro Nefi Cordeiro, entendeu pela impossibilidade da aplicação da multa e, assim, deu provimento ao recurso especial para afastar a multa imposta a empresa recorrente.

Pedi vista para melhor analisar a questão.

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.

Primeiramente, quanto à ilegitimidade da empresa Facebook para o cumprimento da ordem judicial emanada pelo juízo de origem, esta Corte já se pronunciou a respeito.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse ponto, é interessante iniciar-se chamando a atenção para o fato de que a pessoa jurídica que não possui sede no Brasil pode ser intimada, até mesmo citada, no país, na pessoa de seu representante (previsão expressa do art. 75, X, do CPC). Veja-se que a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto à necessidade de se conferir interpretação extensiva ao art. 75, X, do novo CPC, abrangendo, inclusive, representante informal.

A propósito:

"SENTENÇA ESTRANGEIRA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL E LEGITIMIDADE ATIVA. PENDÊNCIA DE DEMANDA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. PARTE NO PROCESSO ESTRANGEIRO. JURISDIÇÃO BRASILEIRA PARA A INTERNALIZAÇÃO. **PRESENTAÇÃO, REPRESENTAÇÃO E REGULARIDADE DA CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA PARA RESPONDER À DEMANDA NO BRASIL.** PRESSUPOSTOS POSITIVOS E NEGATIVOS. ARTIGOS 15 E 17 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ARTIGOS 963 A 965 DO CPC/2015. ARTS. 216-C, 216-D E 216-F DO RISTJ.

...

9. As pessoas jurídicas em geral são representadas em juízo "por quem seus atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores" (art. 75, VIII, do CPC).

10. 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".

11. 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.

12. Exigir que a qualificação daquele por meio do qual a empresa estrangeira será citada seja apenas aquela formalmente atribuída pela citanda inviabilizaria a citação no Brasil daquelas empresas estrangeiras que pretendessem evitar sua citação, o que importaria concordância com prática processualmente desleal do réu e imposição ao autor de óbice injustificado para o exercício do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

13. A forma como de fato a pessoa jurídica estrangeira se apresenta no Brasil é circunstância que deve ser levada em conta para se considerar regular a citação da pessoa jurídica estrangeira por meio de seu entreposto no Brasil, notadamente se a empresa estrangeira

atua de fato no Brasil por meio de parceira identificada como representante dela, ainda que não seja formalmente a mesma pessoa jurídica ou pessoa jurídica formalmente criada como filial.

14. No caso dos autos, a ré CROSSSPORTS tem como única Diretora a empresa estrangeira "Amicorp Management Limited". O grupo Amicorp, por sua vez, apresenta-se como grupo presente em dezenas de países, onde fornece diversos serviços capazes de atender aos interesses daquelas empresas que o contratam. A contestante "Amicorp do Brasil Ltda.", por sua vez, se apresenta como uma "empresa de representação do Grupo Amicorp" (<https://www.amicorp.es/offices/sao-paulo>). De conseguinte, "Amicorp do Brasil Ltda." **deve ser compreendida como um entreposto no Brasil da Diretora (Amicorp) da ré CROSSSPORTS, capaz de receber a citação em nome da ré CROSSSPORTS, validamente, nos termos do art. 75, VIII e X do CPC/2015.**

...

18. Sentenças estrangeiras homologadas."

(HDE 410/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019. Grifou-se).

A ideia do mencionado precedente não deve, no caso dos autos, ficar restrita à possibilidade de citação e intimação, sem possibilitar a cominação de multa. Note-se que a interpretação restritiva do julgado poderia tornar inócua a previsão legal do art. 75, X, do novo CPC, 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.

Ainda nesse ponto da legitimidade, apenas como reforço argumentativo, vale trazer à lume a teoria da aparência. Esta teoria, lida em conjunto com o novo CPC, demonstra, claramente, a possibilidade de o Facebook Brasil responder a intimações e citações judiciais do Facebook Inc. (teoria da aparência) e também do WhatsApp Inc., este último por não contar com outro representante no Brasil e ser uma subsidiária integral do Facebook Inc.

Sobre a teoria da aparência, a Quarta Turma deste Tribunal possui interessante precedente que, apesar de tratar de Direito do Consumo, serve para ilustrar a aplicação da mencionada teoria:

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAL E MORAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - DEFEITO DO PRODUTO - FORNECEDOR APARENTE - MARCA DE RENOME GLOBAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA EMPRESA RÉ.

Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente - e, conseqüentemente, sua responsabilidade -, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos.

1. A adoção da **teoria da aparência** pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca

ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor.

2. O fornecedor aparente em prol das vantagens da utilização de marca internacionalmente reconhecida, não pode se eximir dos ônus daí decorrentes, em atenção à teoria do risco da atividade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, reconhece-se a responsabilidade solidária do fornecedor aparente para arcar com os danos causados pelos bens comercializados sob a mesma identificação (nome/marca), de modo que resta configurada sua legitimidade passiva para a respectiva ação de indenização em razão do fato ou vício do produto ou serviço.

3. No presente caso, a empresa recorrente deve ser caracterizada como fornecedora aparente para fins de responsabilização civil pelos danos causados pela comercialização do produto defeituoso que ostenta a marca TOSHIBA, ainda que não tenha sido sua fabricante direta, pois ao utilizar marca de expressão global, inclusive com a inserção da mesma em sua razão social, beneficia-se da confiança previamente angariada por essa perante os consumidores. É de rigor, portanto, o reconhecimento da legitimidade passiva da empresa ré para arcar com os danos pleiteados na exordial.

4. Recurso especial desprovido."

(REsp 1.580.432/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019. Grifou-se).

Especificamente quanto à possibilidade de o patrimônio do Facebook Brasil sofrer incidência da multa cominatória, a Quinta Turma deste Tribunal, quando do julgamento do agravo regimental no RMS 56.706/RS, da lavra do em. Min. Relator Felix Fischer, concluiu pela "possibilidade jurídica de aplicação de multa diária em face do não cumprimento de ordem judicial pela agravante [Facebook Brasil], representante no Brasil do conglomerado de empresas do qual fazem parte o Facebook e o WhatsApp Inc." Em seu voto, o em. Relator colacionou importante trecho de sua decisão monocrática:

"No que diz respeito à insurgência contra a aplicação de multa por descumprimento de ordem judicial, resta evidente nos autos que o recorrente não atendeu o comando judicial.

Importa dizer que é fato de conhecimento amplo que o recorrente é o representante no Brasil de seu grupo empresarial, do qual faz parte o WhatsApp Inc. Em se tratando de grupo econômico, eventuais questões acerca da independência das empresas, que sequer foi comprovada nos autos, e notadamente o fato de não existir no Brasil sede de uma das empresas, não podem ser utilizadas como fundamento para que o conglomerado, na pessoa de seu representante, se exima de cumprir as leis vigentes no país, notadamente a Lei n. 12.965/14.

Neste passo, importante transcrever o bem lançado parecer ministerial, no seguinte trecho:

'8. Conforme documentos submetidos a Securities and Exchange Commission (SEC) dos Estados Unidos¹ e notícias veiculadas em diversos sítios eletrônicos, em 19 de fevereiro de 2014, foi firmado acordo, finalizado em 6 de outubro do mesmo ano, por meio do qual promoveu-se a fusão da WHATSAPP INC. como sociedade subsidiária

integral da FACEBOOK INC. passando o cofundador e presidente daquela a compor a diretoria desta.

9. Diante disso, sendo o FACEBOOK INC. grupo empresarial responsável pela operação do aplicativo whatsapp, que tem como representante em território nacional a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL, não há que se falar em ausência de legitimidade passiva da empresa demandada. Isso porque, eventuais separações nos serviços prestados pelo grupo econômico não têm o condão de elidir a legitimidade da representante.' (fl. 501)

Com efeito, verifica-se que ficou devidamente comprovado nos autos o descumprimento de ordem judicial. Vale dizer, determinada a quebra do sigilo de comunicações e a remessa de dados para o d. Juízo, na resposta que consta às 73-76 não constam os dados requisitados.

Contudo, nos termos já explicitados, em se tratando o Facebook de representante legal do conglomerado empresarial do qual faz parte o WhatsApp, a mera alegação de que não exerce atividade junto ao Serviço Facebook não dispensa a organização de atender à determinação judicial e informar os dados requisitados.

Saliente-se que a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de caso semelhante, envolvendo a Google Brasil Ltda., que também se eximia de atender ordem judicial de fornecimento de dados de e-mails requeridos, entendeu que, considerando que a empresa estava instituída e atuava no País, a pessoa jurídica multinacional deve se submeter às leis brasileiras. Assim sendo, é desnecessária a cooperação internacional para que sejam fornecidas as informações requeridas.

No julgamento, no voto condutor da Questão de Ordem do Inquérito n. 784/DF, a insigne Relatora, Min. LAURITA VAZ, assim consignou:

'Não tem fundamento a escusa dada pela GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. de que não atende as ordens judiciais pelo fato de os dados telemáticos estarem armazenados sob a gerência da GOOGLE INC., empresa situada nos EUA, porquanto a GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. é controlada integralmente pela GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC., constituindo as três empresas um único grupo econômico. Pois bem, sendo filial de pessoa jurídica estrangeira, por força do disposto no parágrafo único do artigo 88 do Código de Processo civil, o domicílio da corporação GOOGLE, nas demandas decorrentes dos serviços prestados a brasileiros, é indiscutivelmente o Brasil. Ressalte-se que não se trata de empresas estranhas que não entretêm relação entre si, mas de controladora e controlada. Nessa mesma direção o artigo 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade subsidiária entre sociedades controladas e controladoras, para fins de proteção aos direitos do consumidor.

A recusa em entregar os dados telemáticos necessários à persecução é fruto de uma política deliberada e proposital de não colaborar com as autoridades judiciais brasileiras, e não consequência da real impossibilidade física. Isso é facilmente constatável pela conduta das outras empresas multinacionais que disputam com a GOOGLE o mercado de Internet no Brasil. Tanto a MICROSOFT CORP. como a YAHOO! INC., não obstante mantenham os dados de serviços semelhantes ao do GOOGLE depositados em servidores localizados nos EUA, as filiais dessas empresas no Brasil cumprem as ordens judiciais brasileiras, sem levantarem o fictício óbice da falta de condições fáticas em função da localização física dos dados [...].

[...]

Superior Tribunal de Justiça

O funcionamento de uma empresa ou conglomerado transnacional deve sujeitar-se à soberania nacional do Brasil e, assim, pautar sua instituição e funcionamento nas normas legais que regem a ordem econômica, as relações de consumo, a ordem tributária e demais normas locais.

Portanto, a sociedade empresária que deve prestar a informação sigilosa requisitada judicialmente é a pessoa jurídica de direito privado interno, sujeito às leis nacionais e às decisões do Poder Judiciário Brasileiro, sobretudo porque, nos termos do disposto nos artigos 5.º e 6.º do Código Penal, a lei brasileira aplica-se aos crimes cometidos no território nacional."

(...)."

(Grifou-se).

A corroborar as pertinentes considerações do em. Min. Felix Fischer, deve-se observar que, nas informações apresentadas pelo próprio Facebook Brasil ao em. Min. Relator Edson Fachin, na ADPF 403, informou-se que o aplicativo WhatsApp "foi criado e é controlado pela entidade WhatsApp Inc., pessoa jurídica estrangeira com personalidade jurídica própria, constituída e existente sob as leis dos Estados Unidos da América". Aqui, vale, mais uma vez rememorar o parecer do Ministério Público Federal utilizado como razões de decidir no já citado RMS 56.706/RS:

"8.Conforme documentos submetidos a Securities and Exchange Commission (SEC) dos Estados Unidos¹ e notícias veiculadas em diversos sítios eletrônicos, em 19 de fevereiro de 2014, foi firmado acordo, finalizado em 6 de outubro do mesmo ano, por meio do qual promoveu-se a fusão da WHATSAPP INC. como sociedade subsidiária integral da FACEBOOK INC. passando o cofundador e presidente daquela a compor a diretoria desta.

9. Diante disso, **sendo o FACEBOOK INC. grupo empresarial responsável pela operação do aplicativo whatsapp, que tem como representante em território nacional a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL, não há que se falar em ausência de legitimidade passiva da empresa demandada. Isso porque, eventuais separações nos serviços prestados pelo grupo econômico não têm o condão de elidir a legitimidade da representante."**

(Grifou-se).

Assim, por não contar com representação no Brasil, o WhatsApp Inc. deve ser representado, em juízo, pelo Facebook Brasil, o que, conforme explicado, deve incluir a possibilidade de responder por eventual multa cominatória imposta por descumprimento de ordem judicial. Portanto, perfeitamente cabível a exigência de cumprimento da ordem exarada ao Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

Estabelecida a legitimidade da empresa recorrente para o cumprimento da ordem judicial, passa-se à análise da possibilidade de aplicação da multa a terceiro estranho à relação jurídico-processual penal e ao bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud.

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:

Superior Tribunal de Justiça

"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*. Conj. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/lais-silveira-aplicacao-cpc-processo-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

Superior Tribunal de Justiça

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. [...] genérica 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."

Superior Tribunal de Justiça

(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 PROTETÓRIO. 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:

Superior Tribunal de Justiça

[...]

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 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,

Rogério 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, sustentando-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 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."

Superior Tribunal de Justiça

(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).

Superior Tribunal de Justiça

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.

§ 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

Superior Tribunal de Justiça

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, 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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 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 Zavascki 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 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:

“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

Superior Tribunal de Justiça

“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 apegua 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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 constricto, 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, § 5º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º 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

Superior Tribunal de Justiça

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. dispõe 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.

Superior Tribunal de Justiça

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, não obstante os judiciosos fundamentos do voto do eminente relator, divirjo do seu entendimento.

Assim, nos termos da fundamentação supra, fica estabelecida a legitimidade da empresa recorrente para o cumprimento da ordem judicial.

Por outro lado, a alegação atinente à desconsideração da personalidade jurídica em razão da responsabilização solidária do Facebook pelos serviços prestados pelo WhatsApp Inc., nos termos apresentados pela recorrente, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que afasta a possibilidade de sua análise por esta Corte em virtude da ausência de prequestionamento. No caso, aplicam-se os óbices das Súmulas 282 e 356/STF.

Veja-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. ART. 384 DO CPP. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A matéria constante do dispositivo tido como malferido não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, ficando impossibilitada sua apreciação no recurso nobre, por ausência de prequestionamento, tendo em vista os óbices das Súmulas 282 e 356, ambas do STF.

...

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 1.237.162/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020).

"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NÃO CONFIGURADAS. NÍTIDA INTENÇÃO DE PROMOVER O REJULGAMENTO DA CAUSA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art.

Superior Tribunal de Justiça

102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. Esta Corte Superior posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente ao concluir que a matéria atinente à aplicação da atenuante da confissão espontânea não foi debatida pela Corte de origem, tampouco foi objeto de embargos de declaração, não podendo, portanto, ser enfrentada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356, do STF.

3. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante de provocar o re julgamento da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, não é compatível com o recurso protocolado.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no REsp 1.814.988/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 28/02/2020).

Quanto à imposição de multa diária a terceiro, nos termos da fundamentação supra, entendo ser possível a sua aplicação.

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 deu parcial provimento à apelação da empresa Facebook para reduzir a multa diária para R\$ 50.000,00, nos seguintes termos

"10. Da redução do valor da multa imposta

No tocante ao valor da multa diária, fixada pela magistrada de origem em de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), e a aplicação dos termos inicial e final (19/10/2016 a 29/11/2016), totalizando 42 (quarenta e dois) dias de descumprimento da ordem judicial, o valor final resultante é de R\$21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais).

Não obstante a situação econômica privilegiada da empresa apelante, à luz do critério proporcionalidade, que deve nortear a atuação jurisdicional, cabível a redução do valor diário individual da

Superior Tribunal de Justiça

multa para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme precedentes da Sétima Turma deste Regional, o qual se mostra suficiente para atingir as finalidades punitiva, preventiva e pedagógica da medida.

...

Assim, considerando os 42 (quarenta e dois) dias de descumprimento da requisição judicial, o total da multa aplicada deve ser reduzido para R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais)."

(E-STJ, fl. 941).

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

Ilustrativamente:

"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.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.853.580 - SC (2019/0373629-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

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 apelação, reduziu o valor da multa imposta em primeiro grau para R\$ por descumprimento de ordem judicial engendrada em inquérito policial, no qual se investigava a prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro e de organização criminosa.

Em suas razões, alega a recorrente, em síntese: a) violação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica em razão da responsabilização solidária do Facebook Brasil pelos serviços prestados pelo WhatsApp Inc.; b) ilegalidade da aplicação da multa e c) a impossibilidade do bloqueio de valores realizados por meio do Bacen-Jud.

O Ministro Nefi Cordeiro, ao examinar o caso, deu provimento ao recurso, sob o fundamento de que **a astreinte, por se tratar de multa cominatória com natureza patrimonial, ligada ao processo civil, não poderia ser utilizada no processo penal, que não admite a analogia in malam partem.**

I. CONTEXTUALIZAÇÃO E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Extrai-se dos autos que o Juízo da 7ª Vara Federal de Florianópolis - SC, em inquérito policial deflagrado para apurar a prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro e de organização criminosa, determinou a interceptação das comunicações do aplicativo Whatsapp, representada pela empresa Facebook Serviços Online do Brasil (ora recorrente), bom como o fornecimento de dados cadastrais, mensagens de e-mail e dados armazenados na referida rede.

A determinação judicial, a despeito dos diversos ofícios e da decisão que delimitou prazo para o cumprimento da ordem judicial, somente veio a ser cumprida 42 dias depois, o que redundou em uma multa consolidada e objeto de constrição judicial de R\$ 21.000.000,00, posteriormente reduzida

pelo Tribunal de origem para R\$ 2.100.000,00.

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

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.; ANTONIALI, 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 Extradicação 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, o **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 descumpre, 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. 1.537731/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 foram ultrapassados 42 dias de atraso. 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, razoável e em patamar de acordo com a orientação desta Corte em casos semelhantes.

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 por outro meio, ou ainda, a remessa dos valores para inscrição na dívida ativa. Na espécie, **houve a determinação de constrição judicial**.

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 Rogerio 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 ou por outro meio, 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, 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.

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** Magistrado de primeiro grau, responsável pelo caso, **que se abstenha de quaisquer atos que importem na constrição patrimonial do recorrente**, a fim de executar o valor arbitrado a título de multa pelo não cumprimento da decisão judicial.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.853.580 - SC (2019/0373629-8)

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Ante o debate surgido na sessão de julgamento, penso ser interessante sinteticamente acrescentar em voto complementar o que segue.

Todo gravame estatal ao cidadão é vinculado à legalidade. Irrelevante ser a multa como pena aplicada após o fato e a astreinte imposta justamente para forçar ao cumprimento da obrigação – em ambas situações há gravame, há restrição individual pelo estado, que não pode decorrer de arbítrio do agente público.

A legalidade é limite da ação estatal frente ao particular, não se admitindo punições sem lei prévia, nem gravames outros. A ideia de um direito sancionador, envolvendo campos diversos como o penal, administrativo e tributário, cresce na doutrina e jurisprudência: a todos os princípios de proteção de cidadão incidem, presumindo sua inocência, exigindo o devido processo legal – com contraditório e plena defesa –, fragmentaridade e legalidade.

Analogamente se vê a incidência da legalidade no tratamento da multa tributária: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 9º, 10, 13, § 1º, E 14 DA PORTARIA Nº 113, DE 25.09.97, DO IBAMA. Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir. Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida. (ADI 1823 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/1998, DJ 16-10-1998 PP-00006 EMENT VOL-0192701 PP-00053 RTJ VOL-00179-03 PP-01004)

Mesmo as cautelares penais, que são restrições temporárias, têm na tendência normativa ocidental a vinculação à lei, valendo destacar das Regras de Tóquio:

3.1 A adoção, a definição e a aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser prescritas por lei.

Iguais limitações legais à legalidade se verificam nos Códigos de Processo Penal português, italiano, chileno e inclusive no Código de Processo Penal modelo para Iberoamérica:

Art. 3.3. As únicas medidas de coerção possíveis contra o acusado são as que este Código autoriza; terão caráter excepcional e serão proporcionais a pena ou medida de segurança e correição que se espera do procedimento, com estrita sujeição às disposições pertinentes.

Também manifestou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que “La Corte

Superior Tribunal de Justiça

ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

Assim, como gravame estatal imposto ao cidadão, seja por fato ilícito prévio, seja para forçar obrigações, a legalidade não pode ser afastada.

Deste modo, não cabe analogia para trazer ao processo criminal disposição cível de astreintes, sob pena de indevida afronta à legalidade, à não surpresa e à segurança jurídica.

Este é o complemento de meu voto, cuja fundamentação e dispositivo mantenho.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0373629-8

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.853.580 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201903736298 50071913420164047200 50135696920174047200

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 24/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 - SP124516
GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
MARIANA SOUZA BARROS REZENDE - SP288556
BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552
JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384
LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES. : WHATSAPP INC
ADVOGADOS : DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO - SP200793
MARCELA TRIGO DE SOUZA - RJ127614

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Medidas Assecuratórias - Indisponibilidade / Seqüestro de Bens

CERTIDÃO

Superior Tribunal de Justiça

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 divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, negando provimento ao recurso especial, tendo sido acompanhado pelos Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz e Jorge Mussi, e os votos dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (em maior extensão) e Rogerio Schietti Cruz (em menor extensão), acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando 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 Nefi Cordeiro, Sebastião Reis Júnior (em maior extensão) e Rogerio Schietti Cruz (em menor extensão).

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros 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 Reynaldo Soares da Fonseca.

