

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.335 - RS (2017/0140507-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS : ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS E OUTRO(S) - SP082329
SILVIA LETICIA DE ALMEIDA - SP236637
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 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. NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO: NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO ANTERIOR. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO 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. 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.
3. "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).
4. 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 persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual-penal, não existe risco de privação de liberdade de terceiros instados a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos, em que são pessoas jurídicas. Trata-se, pois, de poder conferido ao juiz, inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.
5. A teoria dos poderes implícitos também é fundamento autônomo que, por si só, justifica a aplicação de astreintes pelos magistrados no processo criminal.
6. Sobre a possibilidade do bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud ou

Superior Tribunal de Justiça

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.

7. No caso concreto, a insurgência da parte recorrente revela-se contraditória com a sua anterior postura no processo criminal de pedir que as comunicações se destinassem a específico setor da companhia, elencando como um dos meios de comunicação determinado número telefônico, acompanhado da expressão "Plantão". Logo, não pode, contrariando seu ato inicial, requerer a nulidade da comunicação enviada para onde solicitado.

8. A multa aplicada revela-se adequada e proporcional. Precedentes desta Corte.

9. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, negando provimento ao recurso ordinário, 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 ordinário, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, 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 EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.335 - RS (2017/0140507-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : TELEFÔNICA BRASIL S.A

ADVOGADOS : ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS E OUTRO(S) - SP082329

SILVIA LETICIA DE ALMEIDA - SP236637

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : UNIÃO

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, fulcrado na alínea “b” do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal, interposto por Telefônica Brasil S. A. em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fls. 382-383):

MANDADO DE SEGURANÇA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. QUEBRA DE SIGILO. MULTA. COERCITIVIDADE. EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. LEGITIMIDADE DE TERCEIROS. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES OPERACIONAIS. RECALCITRÂNCIA. DESACOLHIMENTO.

1. Incompatível com rito do mandado de segurança, que pressupõe prova pré-constituída, a pretensa abertura de instrução processual para juntada de novas provas e oitiva da autoridade impetrada.

2. O legislador pátrio não descurou da necessidade de, além das próprias partes, também direcionar medidas coercitivas em face de terceiros não integrantes da relação processual penal ou mesmo de tipificar condutas como, por exemplo, o crime de desobediência (art. 330 do CP).

3. A imposição de multa sancionatória não visa à indenização da parte ou à expropriação do devedor, tendo, ao revés, a pretensão de assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, sob pena de tornar inócua e ineficiente a tutela do processo e dos interesses públicos envolvidos. Hipótese em que tem maior afeição com o contempt of court do Direito Anglo-Saxônico, do que propriamente com o regime jurídico que o Novo Código de Processo Civil fixou para astreintes.

4. A Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) prevê 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 os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros', sujeitando os infratores às penalidades do art. 12.

5. Sobreleva destacar que 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.

6. A sujeição da efetivação da multa por descumprimento de decisão judicial ao

Superior Tribunal de Justiça

processo executivo implica em subversão lógica e violação ao princípio da efetividade da jurisdição, notadamente porque a ordem não atendida pela impetrante não é suscetível de cumprimento por outrem ou satisfação por meio diverso.

7. 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 impetrante, ao prévio processo executivo, porquanto não consentâneo com sua natureza e finalidade.

8. A multa tem lugar quando a parte a quem é dirigida a ordem deixa de cumpri-la ou a cumpre com atraso injustificado, não sendo relevante a mera alegação de dificuldades operacionais.

9. Utilizando-se o juiz do endereço e do canal de contato indicados pela companhia telefônica para comunicação das decisões que decretam quebras de sigilo ou de cadastro, não merece acolhida a tese de intimação realizada fora do ordenamento jurídico, em especial pelo sucesso de intimações posteriores pela mesma via.

10. Não pode ser entendida como desproporcional a multa consolidada referente ao retardamento injustificado por 60 dias da ordem judicial. Hipótese em que o atraso representa risco concreto e potencial à investigação.

11. Segurança denegada.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 403-420).

Em suas razões recursais, afirma a defesa, em síntese, que: (i) não foi devidamente intimada da decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Santa Maria que, nos autos do pedido de Quebra de Sigilo n. 5001447-95.2015.4.04.7102, formulado pelo Ministério Público Federal no bojo do Inquérito Policial n.5008712- 85.2014.404.7102, fixou-lhe multa no valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) para cumprimento da ordem de apresentação de dados cadastrais de assinante, em desacordo com os arts. 246, 269, 273, 276 e seguintes do Código de Processo Civil, e 370 e seguintes do Código de Processo Penal; (ii) a multa é indevida, pois a recorrente não figura no polo passivo da demanda e a fixação de *astreintes* limita-se às partes do processo judicial; (iii) os valores foram fixados de forma desproporcional e desarrazoada, sem imposição de qualquer limitação temporal.

Requer, assim, a reforma do julgado, para que seja reconhecida a nulidade da imposição da multa e de todos os seus atos subsequentes, ou, alternativamente, a redução do valor aplicado.

Admitido o recurso (fls. 498-500), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas para determinar o afastamento do bloqueio dos valores (fls. 600-613).

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.335 - RS (2017/0140507-5)

VOTO VENCIDO

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

Consta dos autos que no curso de investigação conduzida por meio de inquérito policial, objetivando a apuração de prática do delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, foi formulado pelo Ministério Público Federal e deferido, em 13/03/2015, pelo Juízo Federal de Santa Maria/RS, pedido de quebra de sigilo telefônico com o fornecimento, no prazo de 30 dias, dos dados necessários à apuração dos fatos investigados.

Após informações prestadas pelo Ministério Público Federal, em 18/9/2015, o Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santa Maria impôs o pagamento de multa cominatória no valor de R\$ 600.000,00 em razão do descumprimento de ordem judicial que determinou a apresentação de informações relativas à quebra de sigilo de um de seus clientes, nos autos da ação de Quebra de Sigilo Telefônico n. 5008712-85.2014.404.7102.

Em face da decisão, foi impetrado mandado de segurança na origem, cuja ordem restou denegada, tendo o Tribunal assim se manifestado sobre o tema (fls. 372-381):

A presente impetração tem como temas principais a obrigatoriedade de a impetrante prestar informações e a possibilidade de aplicação de multas por descumprimento da ordem judicial, com o consequente bloqueio via BACENJUD. Discute-se, ainda, a forma de intimação da companhia telefônica para a efetivação de quebras de sigilo, assim como a proporcionalidade da sanção aplicada.

2.1. Inexoravelmente, colhe-se no ordenamento jurídico pátrio a premissa de que a ordem judicial tem eficácia inclusive perante terceiros estranhos à relação processual de natureza criminal.

Não é oponível pela impetrante o fato de ser terceira na relação processual criminal. Sobre isso, trago à colação apontamentos que fiz no MS nº 5031214-13.2016.4.04.0000/PR, julgado pela 7ª Turma deste Tribunal:

Afigura-se inequívoco que a Constituição Federal e o sistema legal outorgaram às autoridades judiciais 'potestas coercencii que lhe permite praticar atos dessa natureza, respectivamente no curso do inquérito e da relação processual'. Nesta quadra, '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 parece razoável cogitar que a autoridade judicial que tem o poder de decretar a prisão de um indivíduo (coação pessoal) ou determinar o arresto ou sequestro de bens (coação real), não possa cominar medida coercitiva diversa, que, gize-se, não desborda deste espectro.

É certo que, no caso dos autos, não se trata de parte integrante da relação processual penal, mas de terceiro que fora instado ao cumprimento de ordem emanada da autoridade impetrada, em face da determinação da quebra de sigilo de dados, no âmbito do IPL nº 5007894-11.2015.4.04.7002, que investiga práticas dos delitos descritos nos artigos 33 e 35, c/c 40, I, todos da Lei 11.343.2006.

Superior Tribunal de Justiça

Ocorre que o legislador pátrio não descuro 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, §1º; 535; 655; todos do Código de Processo Penal) ou mesmo de tipificar condutas como, por exemplo, o crime de desobediência (art. 330 do CP).

É válido, pois, o direcionamento de medidas investigativas a terceiros não integrantes da persecução penal, pelo que não se pode falar em ilegitimidade passiva da empresa destinatária da ordem.

De outro norte, esclareça-se que a imposição de sanção pecuniária, no caso, não se cuida de astreinte prevista no Código de Processo Civil e imposta às partes. Aqui, a disciplina é sensivelmente diferenciada, pois diz respeito, sobretudo, à autoridade das decisões judiciais e à possibilidade de o Poder Judiciário fazer com que sejam elas cumpridas. Ou seja, a questão de fundo não está vinculada ao direito propriamente dito das partes, mas, sim, à ordem judicial.

Ao Poder Judiciário é assegurado fazer valer suas decisões como representante do poder de império do Estado, sempre assegurado o direito de impugnação.

Na verdade, o instituto tem maior afeição com o que no Direito Anglo-Saxônico se denominou contempt of court, do que propriamente com o regime jurídico que o Novo Código de Processo Civil fixou para astreintes, notadamente em razão do fixado no art. 144-A do Código de Processo Penal. Exatamente nessa linha, o precedente da 7ª Turma deste Tribunal, da minha relatoria. Confira-se:

[...]

Reduzir a multa em questão àquela imposta nos processos cíveis ou sujeitá-la igualmente ao processo executivo significa retirar-lhe essência e finalidade. Seria, por via indireta, suprimir a jurisdição penal de importante mecanismo de coerção voltado, não aos interesses do Estado ou do juiz, mas da sociedade, em especial porque a ordem não atendida pela impetrante não é suscetível de cumprimento por outrem ou satisfação por meio diverso.

A sanção pecuniária vem expressamente prevista na lei que estabeleceu o Marco Civil da Internet, nos seguintes termos:

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.

2.2 Como meio de execução, admite-se a penhora on line de valores depositados nas contas correntes da empresa recalcitrante, via sistema BACENJUD.

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

É inegável 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, o que legitima a adoção de imediata medida constritiva.

Nesse sentido, aliás, a decisão ora atacada:

II - Primeiramente pontuo que a multa fixada em desfavor da Telefônica Brasil S.A e que ora se discute nestes autos foi imposta como forma de imprimir efetividade ao cumprimento da determinação judicial, uma vez que o desatendimento ao comando judicial estava gerando prejuízos à elucidação dos fatos investigados. Assim sendo, não se trata de 'penhora' determinada no cumprimento definitivo de sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia certa.

A possibilidade do Magistrado adotar medidas coercitivas a fim de resguardar a autoridade de sua decisão no que se refere a bens em poder de terceiros, já foi examinada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do Mandado de Segurança nº 5002526- 12.2014.404.0000/PR, do qual transcrevo excerto:

À míngua de qualquer outra regra específica, entendo que deve o magistrado adotar duas orientações simultâneas. A primeira, servir-se das regras do Código de Processo Penal, no que diz respeito à busca e apreensão, na forma do art. 240, de modo serem colhidas objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu (alínea e) ou colher qualquer elemento de convicção (alínea h). A segunda, tratando-se de bem em poder de terceiros, cuja colheita está a depender deste, como no caso dos autos, na ausência de regramento específico, penso que pode e deve o magistrado, se não contar, por qualquer motivo, com a colaboração da pessoa que mantém o objeto em seu poder, adotar medidas coercitivas de modo a resguardar a autoridade de sua decisão, bem como lograr êxito na obtenção de um resultado útil.

Para tal fim, entre outras tantas medidas penais e cíveis possíveis, penso que está autorizado a servir-se das regras do Código de Processo Civil, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que, como já mencionado, permite sua integração, para fins de fixar medidas coercitivas relativas à obrigação de fazer.

Assim sendo, afasto a alegação de inadequação da via eleita.

Colocadas tais premissas, passa-se ao exame das especificidades

2.3. Ao indeferir o pedido da impetrante, assim ponderou o juiz de primeiro grau relativamente às questões de fato, notadamente no tocante à forma de comunicação das decisões judiciais de quebra de sigilo ou à eventual ausência de proporcionalidade no valor fixado. Confira-se:

Relativamente à regularidade da intimação efetuada para cumprimento da determinação judicial, observo que a decisão que concedeu a prorrogação do prazo requerida pela empresa (evento nº 29 dos autos originários) foi encaminhada por fax ao telefone indicado pela própria empresa em ofício dirigido diretamente a este Juízo (evento nº 26 daqueles autos).

Ademais, o cumprimento da decisão no dia 08 de outubro de 2015, logo após o recebimento do ofício que determinou o depósito do valor consolidado da multa

Superior Tribunal de Justiça

(evento nº 47), revela que a intimação da Telefônica pelo aludido canal mostrou-se efetivo, sendo este o meio de contato utilizado também pela Autoridade Policial. Outrossim, além de não dispor este Juízo de outro meio de contato com referida empresa, não restou demonstrado pela Telefônica qualquer problema técnico quanto ao efetivo recebimento das comunicações encaminhadas.

Ainda, o dinamismo das apurações criminais, requer o cumprimento imediato das ordens de afastamento de sigilo, mostrando-se adequado o instrumento utilizado, não se revelando viável, dada as particularidades da medida cautelar, o seu encaminhamento por intermédio de carta ou intimação pessoal.

Por outro lado, os entraves administrativos criados pela Telefônica Brasil S.A não podem se sobrepor ao interesse público no deslinde da investigação sobre os crimes que se busca apurar no inquérito policial originário.

Discorre a Telefônica S.A, ainda, sobre a proporcionalidade da multa imposta. No ponto, destaco que ao fixar a multa considere a notória e elevada capacidade econômica da citada empresa; circunstância que infelizmente permite-lhe uma indevida 'imunidade' à intervenção do poder estatal, de modo que o valor da multa, como instrumento de submissão do jurisdicionado ao cumprimento da ordem judicial, deve ser apto a produzir prejuízo econômico relevante que 'incentive' o destinatário a fazer cessá-lo.

O valor bloqueado no montante de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) correspondem a um total de 60 (sessenta) dias de atraso. Da análise dos autos, verifico que a ordem foi devidamente recebida no dia 20 de julho de 2015 tendo a empresa dado o devido cumprimento à ordem no dia 08 de outubro de 2015, ou seja, o tempo transcorrido entre o recebimento da ordem e o cumprimento da decisão, ultrapassou os 60 (sessenta) dias utilizados no cálculo para consolidação da multa. Assim, não há que se falar em desproporcionalidade da multa imposta.

Por fim, convém destacar mais uma vez que o valor constrito não se trata de penhora, mas de bloqueio referente à sanção pecuniária utilizada para imprimir efetividade ao comando judicial.

Anote-se que os acórdãos citados pela Telefônica ao postular pela substituição do valor bloqueado por seguro garantia são julgamentos relativos à penhora em sede de processos cíveis, oriundos de relações de direito material havidas entre particulares. Assim, não há estrita incidência de sua orientação no caso em tela que versa sobre questões absolutamente distintas.

Além do mais, a pretendida substituição deve ser precedida da apresentação da respectiva apólice, o que não ocorreu no caso dos autos.

III- Por todo o exposto, indefiro os pedidos formulados pela Telefônica Brasil S.A.

Com efeito, a decisão hostilizada está devidamente fundamentada e não se verifica nenhuma mácula a autorizar a intervenção deste Tribunal.

A autoridade coatora encaminhou comunicação ao endereço indicado pela própria impetrante. Disse o representante da empresa: 'Ademais, aproveitamos o ensejo para, respeitosamente, solicitar que as requisições acerca de quebra de sigilo de dados cadastrais e comunicações telefônicas da base de dados de clientes desta operadora, sejam sempre encaminhadas à Divisão de Serviços Especiais, no endereço abaixo indicado'. Indicou, além do endereço, um telefone de plantão para contato.

A prorrogação de prazo para atendimento da ordem judicial foi deferida e comunicada por fax ao telefone constante na correspondência enviada pela própria impetrante ('Certifico que enviei, nesta data, os ofícios expedidos às Operadoras Oi e

Superior Tribunal de Justiça

Telefônica Brasil através de fax nos números obtidos com a Delegacia de Polícia Federal nesta cidade: 08000317053 e 08007708486, respectivamente, conforme relatório extraído do aparelho de fax desta Vara'). (como se infere do ofício juntado no ev. 26 dos autos 5001447-95.2015.4.04.7102).

Ora, não é possível, neste contexto, que a empresa procure agora discutir a validade da comunicação por fax, quando o procedimento adotado decorre de pedido por ela mesmo encaminhado à vara de origem. Tanto é assim que o canal de comunicação mostrou-se eficiente no atinente à intimação da companhia telefônica para realização do depósito da multa consolidada.

Não é demais repetir que as decisões de quebra são direcionadas a terceiros da relação processual, mas que, nem por isso, estão isentos de responsabilidade pelo (e-STJ Fl.378) Documento recebido eletronicamente da origem descumprimento ou por eventuais atrasos. A criação de entraves ou procedimentos excessivamente burocratizados de comunicação em nada se coaduna com a dinâmica das quebras de sigilo; do contrário, haveria sério risco de descontinuidade das investigações.

2.4. Sobreleva destacar que a medida, ao contrário do que se argumenta, 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, propriamente de violação ao devido processo legal. É que o lastro argumentativo da impetrante pressupõe, equivocadamente, a necessária formação de processo executivo.

Calha lembrar, 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).

Ipsa facto, como antes afirmado, a impetrante foi devidamente intimada da decisão judicial que lhe advertiu das consequências do descumprimento da ordem, oportunidade em que a autoridade apontada como coatora lhe facultou prestar informações sobre eventual impossibilidade de cumprimento.

Não bastasse, portanto, a possibilidade de defender-se no primeiro grau, à parte é assegurada, pela legislação nacional, o recurso e o acesso, pela via mandamental, ao Tribunal.

O devido processo legal não se consubstancia no desejado processo, mas no uso dos meios e recursos inerentes à questão.

Também, 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 impetrante, ao prévio processo executivo, porquanto não consentâneo com sua natureza e finalidade.

De outro norte, 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.

Ad argumentandum tantum, ainda que se acolhesse a tese sustentada pela impetrante, da necessidade de processo executivo - que, aliás, de restrita ou quase inexistente margem de cognição-, não verifico que a medida cautelar de bloqueio seja com ele incompatível.

Não há, com efeito, incompatibilidade entre a determinação de bloqueio e o pretenso processo executivo. Haveria, nesta perspectiva, apenas a necessidade de se aguardar a sua formalização para futura destinação dos valores bloqueados, salvaguardado, no entanto, seu objeto. Sequer eventual conversão suprimiria da impetrante o uso dos meios legais para, eventualmente reconhecido o seu direito, repetir o valor bloqueado.

E, sob tal ótica, não socorre a impetrante a alegação de desproporcionalidade na fixação da sanção pecuniária.

Veja-se que o valor bloqueado (R\$ 600.000,00) corresponde a um total de 60 (sessenta) dias de atraso. A ordem foi devidamente recebida no dia 20/07/2015, tendo a empresa dado o devido cumprimento somente no dia 08/10/2015. O valor do dia-multa foi estabelecido em R\$ 10 mil, ou seja, o tempo transcorrido entre o recebimento da ordem e o cumprimento da decisão, ultrapassou os 60 (sessenta) dias utilizados no cálculo para consolidação da multa.

Daí o valor, até elevado, mas não excessivo ou mesmo aquém da inquestionável capacidade financeira da impetrante. Tampouco assiste direito, dada a natureza coercitiva da multa, à substituição por carta fiança como se o bloqueio correspondesse à penhora. A impetrante não junta aos autos qualquer documento idôneo do qual se permita inferir o comprometimento de sua capacidade financeira decorrente do bloqueio.

Não obstante as diversas teses trazidas no presente *mandamus*, atendo-me à análise da questão específica referente à legalidade da imposição de multa diante do descumprimento de ordem judicial de afastamento de sigilo telefônico.

Cumprir 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, não obstante 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.

Superior Tribunal de Justiça

Não obstante 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, portanto, de *astreintes*, ou seja, multa pecuniária coercitiva típica do âmbito do direito processual civil. Trata-se de multa, pois, penalidade de natureza patrimonial, somente podendo ser imposta na seara penal mediante prévia cominação legal, não cabendo o uso da analogia *in malam partem*.

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

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

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

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 PROTELATÓRIO. 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).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso em mandado de segurança para deconstituir as decisões de primeiro grau que aplicaram ao recorrente a multa por descumprimento de determinação judicial, prevista no art. 537 do Código de Processo

Superior Tribunal de Justiça

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: 2017/0140507-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 54.335 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50063478720164047102 50087128520144047102 50466830220164040000
RS-50063478720164047102

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 : TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS : ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS E OUTRO(S) - SP082329
SILVIA LETICIA DE ALMEIDA - SP236637
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato Majorado

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Arystobulo de Oliveira Freitas sustentou oralmente pela parte recorrente: Telefônica Brasil S.A.

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 EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.335 - RS (2017/0140507-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS : ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS E OUTRO(S) - SP082329
SILVIA LETICIA DE ALMEIDA - SP236637
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 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. NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO: NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO ANTERIOR. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO 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. 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.
3. "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).
4. 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.
5. A teoria dos poderes implícitos também é fundamento autônomo que, por si só, justifica a aplicação de astreintes pelos magistrados no processo criminal.
6. 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 constrações 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 constrações 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.

7. No caso concreto, a insurgência da parte recorrente revela-se contraditória com a sua anterior postura no processo criminal de pedir que as comunicações se destinassem a específico setor da companhia, elencando como um dos meios de comunicação determinado número telefônico, acompanhado da expressão "Plantão". Logo, não pode, contrariando seu ato inicial, requerer a nulidade da comunicação enviada para onde solicitado.

8. A multa aplicada revela-se adequada e proporcional. Precedentes desta Corte.

9. Recurso ordinário desprovido.

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Telefônica Brasil S. A. em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, reconhecendo o cabimento da aplicação de multa cominatória a terceiro não integrante da relação jurídico-processual penal e a proporcionalidade da medida, denegou a segurança (fls. 382-383).

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

Nesta instância, a empresa recorrente explica que solicitou dilação do prazo para cumprimento de ordem judicial. Apesar de deferido o pedido, não houve intimação formal da decisão, o que acarretou a incidência indevida de multa diária. Confira-se:

"06. O Recorrido, Ministério Público Federal, com o fito de obter provimento jurisdicional para compelir esta Recorrente a apresentar aos autos, os dados cadastrais da linha telefônica nº (55) 9978.3333, de titularidade do Sr. Airton Kwiatkowski, assim como os históricos de chamadas realizadas, com a identificação dos respectivos interlocutores, no período compreendido entre 01 de setembro de 2014 a 11 de fevereiro de 2015, ajuizou a referida Ação de Quebra de Sigilo.

07. Ao deferir o pleito Ministerial, o Juízo da douta Segunda Vara Federal de Santa Maria determinou que as informações em testilha fossem prestadas diretamente à Procuradoria da República em Santa Maria no prazo de 30 dias, VIA SISTEMA SITTEL (meio de comunicação utilizado entre a área de quebra de sigilo da Recorrente e as Autoridades Públicas, para atendimentos de ofícios dos referidos órgãos).

08. Nestes termos, coube ao Recorrido providenciar a intimação da Recorrente, já que esta JAMAIS integrou o polo passivo daquela ação, figurando, tão somente, como parte oficiada.

Superior Tribunal de Justiça

09. Incluído o referido ofício no sistema SITTEL, em razão da dificuldade em, prontamente, prestar as informações solicitadas, esta Recorrente requereu a dilação do prazo que lhe fora inicialmente concedido.

10. Acolhendo a justificativa da Recorrente, o Juízo da douta Segunda Vara Federal de Santa Maria fixou-lhe um prazo suplementar de 10 dias para cumprimento de referida ordem, sob pena de multa (evento n.º 29, dos autos do Pedido de Quebra de Sigilo n.º 5008712-85.2014.404.7102).

11. Ocorre, Excelências, que a Recorrente NÃO foi devidamente intimada acerca desta decisão judicial.

12. Isso porque, a ordem judicial em comento deixou de ser encaminhada através do sistema SITTEL, conforme havia sido anteriormente encaminhado o 1º ofício, sendo, supostamente, encaminhada através do sistema Fac-símile (evento n.º 29, dos autos do Pedido de Quebra de Sigilo n.º 5008712-85.2014.404.7102).

13. Assim, é que esta Recorrente deixou de ser efetivamente intimada de referida decisão, JAMAIS tendo conhecimento de seu teor a não ser em momento muito posterior...

...

18. Assim, foi por meio da referida impugnação que esta Recorrente aduziu que o envio de informações ou ofícios pelo sistema SITTEL, assim como de fac-símile para o telefone 0800-7708486, NÃO substituem nem mesmo se prestam para citar e intimar as partes envolvidas em processo judicial." (e-STJ, fls. 431-433)

Nestes termos, pugna pelo reconhecimento da nulidade na intimação ou, subsidiariamente, o reconhecimento da desproporcionalidade do valor da multa.

Por se tratar de questão com repetição de processos, o em. Min. Relator, Nélfi Cordeiro, levou à sessão de julgamento da Terceira Seção o presente feito e outros correlatos.

As sustentações orais de todos os processos foram realizadas na sessão do dia 11 de março de 2020.

Após, o em. Min. Relator votou pelo provimento do 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 c/c o art. 3º do Código de Processo Penal.

Pedi então vista de todos os feitos que tratavam da matéria.

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.

Feitos esses esclarecimentos, passo à análise deste recurso.

1. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC

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

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

A partir dessa norma, é possível concluir haver

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

(SILVEIRA, Laís Menna Barreto de Azevedo. *Aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal*. 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 suprimimento 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

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

"a tutela que confere ao titular do direito o mesmo bem que ele teria se não houvesse a transgressão, e 'genérica' a que propiciaria o equivalente pecuniário. [...] 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."

(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).

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

[...]

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

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

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

...

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

Superior Tribunal de Justiça

preventiva, com o objetivo de **tutelar outros direitos fundamentais que não os do acusado, de forma excepcional.**”

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

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

"MEDIDA CAUTELAR EM PETIÇÃO. MATÉRIA PENAL. REQUERENTE CUSTODIADO. TRANSFERÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PODER GERAL DE CAUTELA. PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO. 1. Considerando o preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela provisória, especialmente a urgência da medida, e diante do poder geral de cautela, o Tribunal Pleno, por maioria, referendou decisão do Relator no sentido do acolhimento parcial dos requerimentos formulados, 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

Superior Tribunal de Justiça

estatutária ou costume da Inglaterra”; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal.

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

(Grifou-se).

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

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

...

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz". (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 307).

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

Confira-se ainda a lição do professor Mirabete:

“o princípio da liberdade probatória (...) não é absoluto. Dispõe o artigo 155 do CPP que, no processo penal, **somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil**’. Assim, por exemplo, o casamento prova-se pela certidão de registro (art. 1543 do CC) e, por isso, a agravante prevista no artigo 61, II, e, do CP, só pode ser reconhecida com a juntada aos autos do citado documento. Também a prova de que o 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).

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

...

Art. 436. ...

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

(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 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.

...

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 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 “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**

construção 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

Superior Tribunal de Justiça

autorizá-lo. Contudo, a urgência no cumprimento da medida judicial determinada, inerente à própria determinação de quebra de sigilo e ainda agravada pela mora do indivíduo ou pessoa jurídica recalcitrante, demonstra que o contraditório prévio é de todo desaconselhável.

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

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

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

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

Fica-se, então, na ponderação entre esses valores: de um lado, o interesse da coletividade, que pode ser colocado a perder pelo descumprimento ou mora; do outro, o patrimônio eventualmente 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, § 5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal" (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

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

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

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

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

De se lembrar que o art. 139, IV, do CPC/2015, autoriza o juiz a "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de

ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

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

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

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

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

O art. 39 e seus §§ 1º e 2º, da Lei 4.320/1964, 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

Superior Tribunal de Justiça

e liquidez.

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

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

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

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

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

5. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Nestes autos, a questão meritória diz respeito à forma como a comunicação processual foi realizada.

Apesar dos incisivos argumentos apresentados no recurso e também na sustentação oral, é certo que, nos termos expostos pelo acórdão impugnado, a insurgência da parte recorrente, buscando a nulidade, revela-se contraditória com a sua postura anterior no processo criminal. Conforme destacado pelo Tribunal recorrido, a impetrante solicitou que as intimações se destinassem a determinado setor da companhia e elencou, dentre as vias de comunicação, um número telefônico acompanhado da expressão "Plantão", para onde fora efetivamente encaminhada a comunicação por meio de fax.

Confira-se:

"A autoridade coatora encaminhou comunicação ao endereço indicado pela própria impetrante. Disse o representante da empresa: 'Ademais, aproveitamos o ensejo para, respeitosamente, solicitar que as requisições acerca de quebra de sigilo de dados cadastrais e comunicações telefônicas da base de dados de clientes desta operadora, sejam sempre encaminhadas à Divisão de Serviços Especiais, no endereço abaixo indicado'. Indicou, além do endereço, um telefone de plantão para contato.

A prorrogação de prazo para atendimento da ordem judicial foi deferida e comunicada por fax ao telefone constante na correspondência enviada pela própria impetrante ('Certifico que enviei, nesta data, os ofícios expedidos às Operadoras Oi e Telefônica Brasil através de fax nos números obtidos com a Delegacia de Polícia Federal nesta cidade: 08000317053 e 08007708486, respectivamente, conforme relatório extraído do aparelho de fax desta Varej), (como se infere do ofício juntado no ev. 26 dos autos 5001447-95.2015.4.04.7102).

Ora, não é possível, neste contexto, que a empresa procure agora discutir a

Superior Tribunal de Justiça

validade da comunicação por fax, quando o procedimento adotado decorre de pedido por ela mesmo encaminhado à vara de origem. Tanto é assim que o canal de comunicação mostrou-se eficiente no atinente à intimação da companhia telefônica para realização do depósito da multa consolidada." (E-STJ, fl. 378. Grifou-se).

Com efeito, em observância à boa-fé objetiva, revela-se imperioso refutar a tese da parte recorrente. Assim, destaque-se que, "como decorrência do disposto no art. 565 do Código de Processo Penal e tendo em vista a proibição de comportamento contraditório da parte (*venire contra factum proprium*), não se reconhece nulidade a que deu causa a própria parte." (HC 355.771/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 27/08/2019).

No que tange à proporcionalidade, a Corte de origem registrou:

"Veja-se que o valor bloqueado (**R\$ 600.000,00**) corresponde a um total de 60 (sessenta) dias de atraso. A ordem foi devidamente recebida no dia 20/07/2015, tendo a empresa dado o devido cumprimento somente no dia 08/10/2015. O **valor do dia-multa foi estabelecido em R\$ 10 mil**, ou seja, o tempo transcorrido entre o recebimento da ordem e o cumprimento da decisão, ultrapassou os 60 (sessenta) dias utilizados no cálculo para consolidação da multa.

Daí o valor, até elevado, mas não excessivo ou mesmo aquém da inquestionável capacidade financeira da impetrante. Tampouco assiste direito, dada a natureza coercitiva da multa, à substituição por carta fiança como se o bloqueio correspondesse à penhora. A impetrante não junta aos autos qualquer documento idôneo do qual se permita inferir o comprometimento de sua capacidade financeira decorrente do bloqueio." (E-STJ, fl. 380. Grifou-se).

Nestes termos, não se verifica violação ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. Note-se que, no caso dos autos, não se tem uma relação jurídica material estabelecida entre as partes que permita verificar um valor razoável da multa ante uma obrigação principal. Além disso, não há elementos que permitam melhor aferir a capacidade econômica da recorrente.

Por isso, tome-se como referência, apenas a título ilustrativo, o parâmetro de razoabilidade adotado por esta Corte:

"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,

Superior Tribunal de Justiça

julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019. Grifou-se).

Nestes termos, não se verifica desproporcionalidade no montante fixado, apto a ensejar alteração nesta Corte.

Com essas considerações, pede-se *venia* ao eminente relator, para votar no sentido de **negar provimento** ao recurso ordinário.

É o voto.



**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.335 - RS
(2017/0140507-5)**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

TELEFÔNICA BRASIL S.A. interpõe recurso ordinário contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, que denegou o mandado de segurança lá impetrado, na qual pretendia a defesa, sob diversos argumentos, fosse reduzida as *astreintes* fixadas ou obstado o bloqueio do ativo financeiro via Bacenjud.

Em suas razões, alegou a recorrente que não foi devidamente intimada da decisão do juiz que fixou prazo suplementar de 10 dias para o envio das informações, sob pena de multa, bem como que seria inviável que a efetivação dessa intimação se desse por fac-símile.

Afirmou que "o artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece que, a intimação, se inviável por meio eletrônico, na forma da lei, deverá ocorrer, obrigatoriamente, por uma das duas alternativas apresentadas pelo Legislador Ordinário, sob o qual o Poder Judiciário não pode legislar em exercício regular de função atípica assim definida constitucionalmente, sob pena de afronta ao 'Due Process of Law' e ao Princípio do 'Checks and Balances' que regem o Estado Democrático de Direito, quais sejam: (i) intimação pessoal; ou (ii) carta registrada com aviso de recebimento. Jamais via sistema fac-símile"(fl. 440).

Aduziu que "ao manter a decisão de imposição da multa cominatória, admitindo a intimação da Recorrente via sistema fac-símile, o egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região acabou por violar o quanto disposto na legislação processual civil e penal, inaugurando um perigoso precedente processual, bem como criando um verdadeiro tribunal de exceção" (fl. 445).

Sustentou que "em sendo aplicável, portanto, as regras processuais do *Codex* processual civil; no que tange à intimação da parte ou até mesmo de terceiro estranho à lide, fato é que a intimação não deve, sob hipótese alguma, ser realizada através do sistema fac-símile, como supostamente ocorreu no caso em tela" (fl. 450).

Superior Tribunal de Justiça

Por fim, defendeu que "a multa, no valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), fixada pelo Juízo de primeiro grau e mantida pelo Tribunal a quo, além de seu alto valor, não coloca uma limitação temporal em sua incidência, configurando, data venia, evidente desproporcionalidade na relação entre as partes" (fl. 454).

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 inadmite a analogia in malam partem.**

Em razão da relevância do tema e das especificidades do caso, pedi vista dos autos para melhor análise.

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que em procedimento investigatório, no qual se apurava a prática do **crime previsto no art. 171, § 3º, do CP**, foi determinada a quebra de sigilo de dados e/ou telefônico pelo **Juízo da 2ª Vara Federal de Santa Maria – RS**, oportunidade em que ordenou que se fornecesse todas as informações requeridas pela autoridade policial acerca do investigado ("apresentação de informações relativas aos dados cadastrais [...], e dos históricos de chamadas realizadas, com a identificação dos respectivos interlocutores, no período compreendido entre 01 de setembro de 2014 a 11 de fevereiro de 2015" (fl. 67).

A recorrente formulou pedido de prazo para o fornecimento das referidas informações, o qual foi deferido. Entretanto, advertiu o Magistrado de primeiro grau que o não cumprimento da ordem judicial, no prazo fixado, importaria em multa cominatória de R\$ 10.000,00, por cada dia de descumprimento.

Em razão do descumprimento da determinação judicial, sobreveio a aplicação de multa que, no total, pelos dias que as informações não haviam sido prestadas, giraria em torno de R\$ 600.000,00, **com a determinação do bloqueio dos ativos financeiros da recorrente** (fl. 7). Na oportunidade, foi reiterado o pedido de informações, com a majoração da **multa para R\$ 5.000,00 por hora de descumprimento.**

Fornecidas as informações e diante do não pagamento da multa, foi determinado o bloqueio do valor através do sistema Bacenjud, que

tem sido impugnada pela recorrente com base em possível vício de intimação e na desproporcionalidade do valor fixado.

II. Intimação - forma que não contaminou a finalidade do ato.

Sob o prisma conceitual, a **intimação** não se confunde com a **contagem de prazos**, embora, em regra, o início do lapso para a prática de atos processuais se dê com a intimação. De fato, o termo intimação rotineiramente é empregado com três propósitos: 1º) **externar uma finalidade**: cientificar alguém; 2º) **definir um objeto**: o ato do processo passível de impugnação ou de reação; e 3º) **expor uma determinação** (explícita ou implícita): fazer ou deixar de fazer alguma coisa (o que mais se ajusta ao conceito de “notificação”).

É válido frisar que esse último propósito não é essencial, na medida em que "a intimação também poderá se dar apenas para promover a ciência da parte ou de terceiro, sem que, com isso, se lhe exija qualquer conduta (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 364-365).

Um exemplo disso, como aponta Cândido Dinamarco, é o da intimação das partes acerca da sentença, em que o magistrado não emite um comando para que o destinatário da intimação recorra do ato, mas simplesmente lhes proporciona a oportunidade de fazê-lo (*Instituições de direito processual civil*, v. II. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 511).

O Código de Processo Civil (art. 269), nesse particular, adequou melhor o conceito ao prever que a "**intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo**", diversamente do que ocorria anteriormente com o CPC de 1973 (art. 234), que estabelecia ser a intimação "... o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa".

Decerto que a intimação é um **ato de comunicação processual**, dirigida a todos que dele participam, **com o objetivo de informar ou cientificar a existência de outro ato já praticado ou que se deva praticar** (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1985-1986, p.367).

Ainda, nas palavras de Tourinho Filho, "a intimação é, pois, a

ciência que se dá a alguém de um ato já praticado, já consumado, seja um despacho, seja uma sentença, ou, como diz Pontes de Miranda, é a comunicação de ato praticado. Assim, intima-se o réu de uma sentença (note-se que o réu está sendo cientificado de um ato já consumado, já praticado, isto é, a sentença)" (*Processo Penal*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998, p. 213).

Com base em tais premissas, observo que na hipótese dos autos, foram feitas as seguintes ponderações pela Procuradoria Regional da República, às fls. 53-54 (destaquei):

[...] Com efeito, observa-se que a ordem inicialmente dirigida aos Gerentes de Atendimento das Operadoras de Telecomunicações, para cumprimento no prazo de 30 (trinta) dias por intermédio do Ofício nº 710000723747 foi devidamente incluída por este Órgão Ministerial na plataforma eletrônica do Sistema SITTEL na data de 8/5/2015, em conformidade com a decisão que originariamente determinou o afastamento do sigilo telefônico do investigado e nos termos da informação técnica acostada ao EVENTO 1 – PET2 dos autos originários, **não se exigindo, dadas as peculiaridades do caso e a natureza cautelar da medida, o seu encaminhamento por intermédio de carta com aviso de recebimento ou intimação judicial**, como quer fazer crer a requerida. O seu recebimento deu-se na sequência, conforme comprova a petição diretamente encaminhada ao Juízo e acostada aos autos originários, transcorridos exatos 30 (trinta) dias desde a inclusão do Ofício nº 710000723747 na plataforma eletrônica do Sistema SITTEL (em 8/6/2015), nos seguintes termos (EVENTO 26 – PET1):

Meritíssimo(a) Juiz(a), TELEFÔNICA BRASIL S.A., em atenção ao ofício supracitado, serve-se da presente para informar a Vossa Excelência que, imediatamente ao recebimento deste foram adotadas as medidas necessárias para o atendimento do solicitado, contudo, devido a sua complexidade, requeremos, respeitosamente, a dilação de prazo para fornecimento das informações.

Por fim, informamos que tão logo as informações estejam disponíveis, serão encaminhadas a Procuradoria da República em Santa Maria. Ademais, aproveitamos o ensejo para, respeitosamente, solicitar que as requisições acerca de quebra de sigilo de dados cadastrais e comunicações telefônicas da base de clientes desta operadora, sejam sempre encaminhadas à Divisão de Serviços Especiais, no endereço abaixo indicado.

Dessa mesma manifestação, aliás, **colhe-se que foi a própria**

empresa requerida que informou que o número telefônico 0800 770 8486 corresponderia ao seu "Plantão de Atendimento", não tendo sido capaz de comprovar qualquer problema técnico quanto ao efetivo recebimento das comunicações constantes nos Ofícios nº 710000999809 e nº 710001307005, cujo efetivo envio, via facsímile, restou devidamente comprovado nos autos através dos relatórios acostados ao EVENTO 32 – RELT2 e EVENTO 47 – COMP2.

Reforça tal conclusão a circunstância de que a empresa somente forneceu os dados requisitados em 8/10/2015, posteriormente ao recebimento do último Ofício, tombado sob o nº 710001307005, na data de 6/10/2015 (EVENTO 47 – COMP2), no qual constou a ordem de depósito judicial, no prazo de 15 (quinze) dias, do valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

Referida ordem de depósito judicial, recebida pela requerida em 6/10/2015, não foi voluntariamente cumprida, obrigando este *Parquet* a postular o bloqueio da cifra respectiva nas contas bancárias da empresa, medida judicialmente encampada em 11/5/2016.

Destaca-se, aqui, por oportuno, que a alegação quanto à existência de distintos canais internos não rende justificativa suficiente à resistência injustificada quanto ao cumprimento de ordens judiciais. [...]

Verifica-se do exposto pelo *Parquet*, que **a própria recorrente disponibilizou canal específico de comunicação para o recebimento de eventuais intimações ou requisições judiciais**, o que não conflita com o espírito do CPC de priorizar outras formas de levar ao conhecimento da parte a prática de atos processuais. Mas, para além disso, o objetivo da comunicação, que é a efetiva ciência de determinado ato, foi plenamente atendido, na medida em que **"o cumprimento da decisão no dia 08/10/2015, logo após o recebimento do ofício que determinou o depósito do valor consolidado da multa (evento 47), revela que o canal para intimação da Telefônica pelo sistema mostrou-se efetivo"** (fl. 55, grifei).

Ademais, em relação a esse aspecto, destacou o acórdão recorrido dois pontos que obstem a pretensão da recorrente. **O primeiro é que a prova convergiria para o fato de que houve a intimação; o segundo, é que a controvérsia relacionada a intimação não havia sido submetida ao crivo do Juízo de primeiro grau**, nestes termos (fl. 373):

No momento da impetração do presente mandado de segurança, a prova existente nos autos convergia no sentido da efetivação das intimações. A certidão emitida por funcionário público informando que

foram enviados 'os ofícios expedidos às Operadoras Oi e Telefônica Brasil através de fax nos números obtidos com a Delegacia de Polícia Federal nesta cidade: 08000317053 e 08007708486, respectivamente, conforme relatório extraído do aparelho de fax desta Vara' goza de presunção de legitimidade e de veracidade (evento 47, CERT1 dos autos nº 5001447-95.2015.4.04.7102). No mesmo sentido é o extrato do aparelho de fax da vara de origem demonstrando o envio do documento (evento 47, COMP2).

Dessa forma, eventual tentativa de desconstituição de tal prova ou demonstração da inveracidade da certidão deve ser dirimida no juízo de origem. A par da vedação de instrução probatória em sede de mandado de segurança, não pode este Tribunal manifestar-se sobre documentos não submetidos ao crivo do juízo de origem, sob pena de supressão de instância. E descabe cogitar, como ora requerido, de oitiva do Ministério Público e da autoridade impetrada, porquanto incompatível e inconciliável com o espectro de cognição e instrução do *mandamus*.

Por fim, "consoante a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, em âmbito de direito processual, a decretação de nulidade dos atos do processo depende da efetiva demonstração do prejuízo à parte, por prevalecer o princípio *pas de nulitte sans grief*, o que não houve no caso dos autos" (AgInt no AREsp n. 263604/SP, Rel. Ministro **Lázaro Guimarães** – Desembargador convocado, DJe 27/9/2018)

III. 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 existência ou não de 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).

IV. 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 precisar 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 penaliza** a postura desrespeitosa da parte. Em suma, enquanto **a astreinte coage** a fim de evitar conduta futura, **a multa** por ato atentatório ao exercício da jurisdição **sanciona** por ato pretérito.

Além disso, as astreintes são cominadas com o escopo de auxiliar a efetivação das tutelas jurisdicionais, e a multa por ato atentatório objetiva preservar a autoridade da jurisdição. Essa distinção é relevante para diferenciar a destinação do produto da multa, na medida em que a imposta a título de astreintes reverte em benefício da parte e pode ser desde logo executada (provisoriamente), enquanto a 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, corresponde – 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 no 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.

Deveras, 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).

V. 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 multa coercitiva 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)

No caso, observo que o valor arbitrado, **de R\$ 10.000,00 por dia de atraso, o que redundou na quantia de R\$ 600.000,00, objeto de bloqueio do "valor das contas bancárias, através do sistema BACENJUD" (fl. 369), não se mostra desproporcional.**

Em diversos outros processos semelhantes, nos quais foram imposta multa coercitiva com os mesmos contornos fáticos da situação *sub examine*, esta Corte salientou que "[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**" (RMS n. 44.892/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 15/4/2016, destaquei). Nos mesmo sentido: RMS n. 55.109/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 17/11/2017, e do RMS n. 55.050/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 11/10/2017.

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

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 se refere a 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 diversos precedentes de ambas as Turmas que compõe 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 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**, 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 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.

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.

Embora, em alguns casos, seja cogitado na origem que o próprio juízo criminal pudesse efetivar o bloqueio dos valores via Bacenjud, a fim de resguardar o adimplemento da multa e, com isso, impelir com maior vigor que a parte – privada de seus ativos – cumprisse a ordem judicial, **esse não me pareceu ser o melhor caminho**, por todo o exposto até aqui. 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, é equivocado entender que o montante estipulado, deve ser executado perante o juízo criminal, haja vista tratar-se de instituto eminentemente processual civil.

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

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

O mesmo raciocínio se aplica ao caso em que há a determinação de imediato pagamento, **sob pena de inscrição na dívida ativa da União (hipótese dos autos)**. 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).

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.

VII. 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).

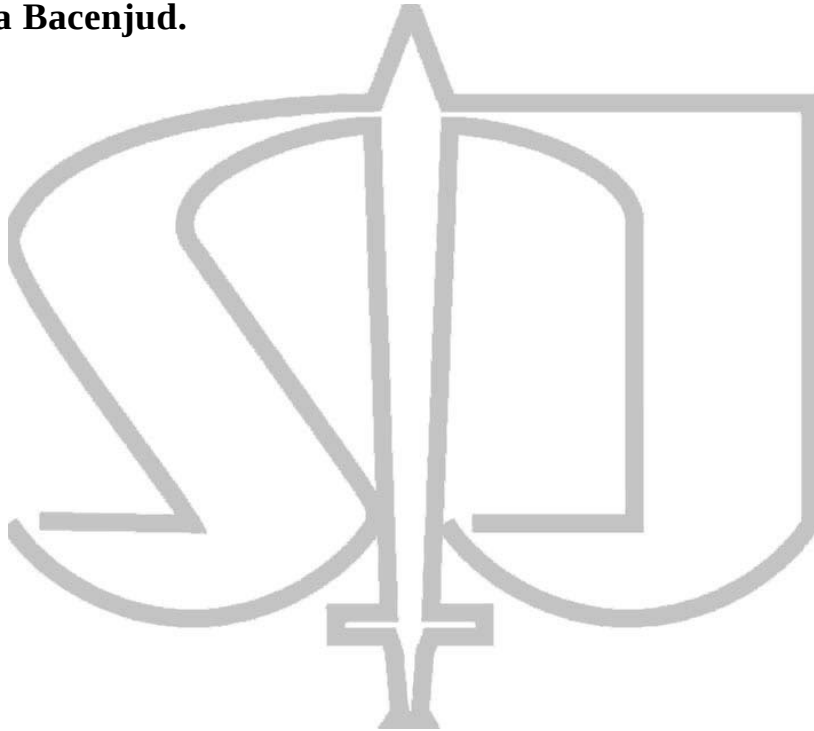
Outro aspecto relevante é o de que "o valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, e não pelo simples valor total da dívida, mera decorrência 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.

VIII. Dispositivo

Em razão do exposto, peço vênia ao relator para **dar parcial provimento ao recurso, a fim de determinar que o Juízo Criminal que atua no caso (Juízo da 2ª Vara Federal de Santa Maria - RS) se abstenha da prática de quaisquer atos que importem no bloqueio, do valor consolidado da multa, das contas bancárias da recorrente, por meio do sistema Bacenjud.**



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.335 - RS (2017/0140507-5)

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: 2017/0140507-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 54.335 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50063478720164047102 50087128520144047102 50466830220164040000
RS-50063478720164047102

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 : TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS : ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS E OUTRO(S) - SP082329
SILVIA LETICIA DE ALMEIDA - SP236637
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato Majorado

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, negando provimento ao recurso ordinário, 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 ordinário, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, 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.

Superior Tribunal de Justiça

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

