

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.452 - PR (2019/0360067-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : F S O D O B L
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
FABIANA SADEK DE OLYVEIRA - SP306249
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
LAIS GUIZELINI GIBERTONI - SP424558
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÃO SUPERVENIENTE 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 TERCEIRO. BACEN-JUD. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. WHATSAPP. LEGITIMIDADE DO FACEBOOK. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. ATRASO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Estes autos não cuidam da criptografia de ponta-a-ponta, matéria cuja constitucionalidade encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (ADI 5527, de relatoria da Min. Rosa Weber e ADPF 403, do Min. Edson Fachin).
2. O Facebook Brasil é parte legítima para representar, nos Brasil, os interesses do WhatsApp Inc, subsidiária integral do Facebook Inc. “Com o fim de facilitar a comunicação dos atos processuais às pessoas jurídicas estrangeiras no Brasil, o art. 75, X, do CPC prevê que a pessoa jurídica estrangeira é representada em juízo 'pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil' e o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que o 'gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo'. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões "filial, agência ou sucursal" não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.” (HDE 410/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019). A regras advinda do precedente não deve, no caso concreto, ficar restrita à possibilidade de citação e intimação, sem possibilitar a cominação de multa. Interpretação restritiva tornaria inócua a previsão legal, pois, uma vez

intimada, bastaria à representante nada fazer. Portanto, a possibilidade das astreintes revela-se imperiosa até para que se dê sentido ao dispositivo.

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

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

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

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

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

8. O parâmetro máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado por esta Corte em caso assemelhado, na QO-Inq n. 784/DF, foi observado. Assim, não se verifica desproporcionalidade na multa.

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 62.452 - PR (2019/0360067-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : F S O DO B L

ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516

JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454

FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694

FABIANA SADEK DE OLYVEIRA - SP306249

RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029

LAIS GUIZELINI GIBERTONI - SP424558

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por F. S. O. do B. L. em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fls. 278-279):

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. MULTA. REDUÇÃO.

1. 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.

2. 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. Reiteradas decisões proferidas pelo STJ, no sentido de que, em matéria submetida à jurisdição brasileira não é necessária a cooperação jurídica internacional, por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, mostrando-se desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

3. É lícita a fixação de penalidade em face de descumprimento de ordem judicial. Hipótese em que 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, notadamente em razão do fixado no art. 144-A do Código de Processo Penal.

4. A sujeição da efetivação da multa por descumprimento de decisão judicial ao processo executivo implica em subversão lógica e violação ao princípio da efetividade da jurisdição, notadamente porque a ordem não atendida pelo impetrante não é suscetível de cumprimento por outrem ou satisfação por meio diverso.

5. 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, em especial diante da contumaz negativa da impetrante de submeter-se à jurisdição nacional. Caso em que a majoração escalonada da multa por descumprimento é inerente à sequência das decisões judiciais reiteradamente descumpridas.

6. O escalonamento crescente da sanção pecuniária é absolutamente legítimo e inerente ao reiterado descumprimento da ordem judicial. Contudo, percebendo-se um salto desproporcional na fixação do quantum diário, autoriza-se a intervenção do segundo grau, notadamente no caso em concreto que, pela repercussão e importância, produzirá efeitos sobre futuras decisões.

7. Segurança parcialmente concedida para reduzir o valor da multa.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 304-318).

Em suas razões recursais, alega a defesa, em síntese, que: (i) o tema atinente à dispensabilidade de cooperação jurídica internacional, para fornecimento de dados armazenados no exterior, não foi objeto de discussão na petição inicial do mandado de segurança, restando caracterizado, portanto, julgamento *extra petita*; (ii) a ordem judicial que determinou o fornecimento de dados cadastrais e o conteúdo de comunicações de alvos foi integralmente cumprida, tendo sido fornecidos todos os dados requisitados; (iii) a multa imposta carece de fundamento legal; (iv) a imposição da multa em valor elevado, sem qualquer justificativa factual ou jurídica, contraria os princípios constitucionais da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Requer, assim, a reforma do julgado para que seja revogada a decisão proferida pela autoridade coatora ou, subsidiariamente, reduzida a multa aplicada.

Admitido o recurso, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (fls. 385-402).

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.452 - PR (2019/0360067-0)

VOTO VENCIDO

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

Consta dos autos que o Juízo da 9ª Vara Federal de Curitiba/PR, após reiterado descumprimento, por parte do ora recorrente, de ordens de quebra de sigilo de dados exaradas no âmbito do Inquérito n. 5020788-25.2015.4.04.700, instaurado para investigação da prática do crime do art. 241-A, da Lei 8.069/90, determinou a aplicação de multa por descumprimento de decisão judicial, inicialmente fixada no valor de R\$ 50.000,00 e, posteriormente, majorada para R\$ 100.000,00, com fulcro no art. 497 do Código de Processo Civil de 2015 e no art. 3º do Código de Processo Penal, sob os seguintes fundamentos (fls. 170-171):

1. Trata-se de pedido de quebra de sigilo formulado para dar suporte aos autos do Inquérito Policial nº 5020788-25.2015.4.04.7000, instaurado para apurar eventual ocorrência do crime previsto no art. 241-A da Lei nº 8.069/90 e de delitos afins, através da site ORKUT.

Identificado RAMON GAUDINO como o responsável pela publicação das imagens com conteúdo de pornografia infantil, verificou-se a existência de outros inquéritos policiais em face do investigado, bem como a utilização de perfil no Facebook (<https://www.facebook.com/profile.phpfiid=100008374503029>), com círculo de amizade majoritariamente feminino e com algumas pessoas aparentando serem adolescentes.

Diante disso, o Ministério Público Federal, "com o intuito de verificar se RAMON se utiliza de tal perfil para ter acesso a crianças e adolescentes e, eventualmente, mantém contato com elas através do chat do Facebook ('modus operandi' utilizado para a obtenção de imagens com conteúdo pornográfico-infantil)", representou pelo afastamento d o "sigilo telemático do perfil <https://www.facebook.com/profile.phpfiid=100008374503029> (ou <https://pt-br.facebook.com/people/Ramon-Gaudino/100008374503029>), a fim de que sejam disponibilizadas todas as conversas mantidas pelo usuário do perfil até a presente data (ou todas armazenadas nos termos da Lei nº 12.965/14), inclusive com informações quanto ao compartilhamento, via chat de bate-papo, de imagens e vídeos ou outros tipos de gravações" (evento 1).

O pedido foi deferido por este Juízo (evento 3).

Não obstante a determinação judicial e sua posterior reiteração (eventos 4, 7 e 8), o Facebook deixou de fornecer as informações requisitadas, ao fundamento de que "conteúdo de comunicações (incluindo posts, imagens, vídeos, mensagens, lista de amigos, etc) só poderá ser disponibilizado em resposta a um requerimento via carta rogatória ou de acordo com o Decreto 3.810/2001 (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América)" (evento 9).

É o breve relatório. Decido.

2. A despeito das alegações tecidas pelo Facebook, entendo que a empresa sediada em território nacional é legítima destinatária da ordem judicial proferida neste feito.

A empresa FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. foi

Superior Tribunal de Justiça

constituída em conformidade com as leis brasileiras e opera em território nacional, de modo que deve se submeter à legislação do país (art. 1.137 do Código Civil).

Os fatos em apuração, do mesmo modo, estão sob a jurisdição da Justiça brasileira, em especial desta Justiça Federal.

Registre-se que, em situação análoga à presente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Questão de Ordem no Inquérito nº 784/DF, assim decidiu:

"A quebra do siglo dos dados requeridos é sabidamente medida de suma importância para elucidação de crimes cometidos em território brasileiro por brasileiros, repito, mais uma vez. Vale ressaltar que a referida empresa foi constituída em conformidade com as leis brasileiras e, evidentemente, deve se submeter à legislação pátria, não podendo se esquivar do cumprimento de requisição judicial invocando leis americanas, pelo todo exposto, inaplicáveis ao caso.

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 esquite de cumprir as leis locais.

Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados é afrontar a soberania nacional, sujeitando Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção." Nesse mesmo sentido, depreende-se dos artigos 15, §3º e 22 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que o juiz poderá ordenar aos provedores de aplicações da internet o fornecimento de dados sigilosos.

Logo, a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., por representar os interesses da empresa estrangeira no Brasil, tem o dever de providenciar as informações perante quem as detenha.

Nesses termos, deverá a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA cumprir a ordem emanada por este Juízo, ficando desde já fixada multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento, com fundamento no artigo 497 do Código de Processo Civil de 2015 e no artigo 3º do Código de Processo Penal.

3. Oficie-se à empresa FACEBOOK SERVIÇOS ON LINE DO BRASIL LTDA, na pessoa de seu diretor e também na pessoa de seu administrador, para que, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), remeta a este Juízo todas as conversas mantidas pelo usuário do perfil <https://www.facebook.com/profile.php?id=100008374503029> (o u <https://pt-br.facebook.com/people/Ramon-Gaudino/100008374503029>), até a presente data ou todas armazenadas nos termos da Lei nº 12.965/14, inclusive com informações quanto ao compartilhamento, via chat de bate-papo, de imagens e vídeos ou outros tipos de gravações.

4. Cientifiquem-se o Ministério Público Federal e a autoridade policial."

O Tribunal, ao denegar a segurança, assim se manifestou sobre o tema (fls. 254-277):

Cabe registrar, ainda, no tocante ao cabimento da multa coercitiva, as considerações desenvolvidas pelo eminente Des. Federal João Pedro Gebran Neto, no julgamento da ACR nº 5003809-05.2017.4.04.7004/PR, com as quais coaduno, verbis:

"2.5. Quanto à natureza da medida coercitiva imposta, cabe esclarecer que não se

cuida, no caso, de astreinte à semelhança daquela prevista no Código de Processo Civil, 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, julgado da 7ª Turma deste Tribunal:

PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA SANCIONATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA. BLOQUEIO DE VALORES, VIA BACENJUD, POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. TERCEIRO INSTADO AO CUMPRIMENTO DE ORDEM. PREVISÃO LEGAL. SUBMISSÃO AO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL. DESNECESSIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. 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 (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). 2. 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. Ela se aproxima mais do instituto anglo-saxônico da contempt of court do que das astreintes do direito francês. Seu caráter não é, pois, compensatório/ indenizatório, mas punitivo, se revestindo, também, de caráter preventivo, posto que visa coibir futuros descumprimentos e, ainda, preservar a eficácia das decisões judiciais. 3. À falta de previsão expressa no Código de Processo Penal, os juízes tem se valido da regra do art. 3º do Código de Processo Penal (A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito) para aplicação da multa coercitiva, não havendo, por conseguinte, uniformidade na base legal referenciada para sua cominação. Tal não implica ausência de norma, como no caso dos autos, em que a decisão atacada lastreia-se expressamente no artigo 12, inciso II, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e no artigo 461, §4º, do Código de Processo Civil (artigos 536 e 537 do Novo Código de Processo Civil). 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. 5.A sujeição da efetivação da multa por descumprimento de decisão judicial ao processo executivo, com inscrição em dívida ativa e seus ulteriores desdobramentos, implica descurar-se da função processual e coercitiva da qual a medida se

reveste, em verdadeira subversão à lógica e à essência do princípio da efetividade da jurisdição. 6. Tratar a multa sancionatória como aquela imposta nos processos cíveis, sujeitando-a ao processo executivo e à prévia inscrição em dívida, é retirar-lhe sua essência e finalidade. É, por via indireta, suprimir a jurisdição penal de importante mecanismo de coerção voltado, não aos interesses do Estado ou do juiz, mas da sociedade, mormente, no caso dos autos, em que 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. Havendo sido a impetrante 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, alcançando-lhe a possibilidade de defender-se no primeiro grau, sendo-lhe assegurada, ademais, o recurso e o acesso, pela via mandamental, ao Tribunal, não há falar em violação ao devido processo legal. (TRF4, MS nº 5031214-13.2016.404.0000, 7ª Turma, Juiz Federal Danilo Pereira Júnior, por unanimidade, juntado aos autos em 21/10/2016).

Logo, reduzir a multa em questão àquela imposta nos processos cíveis ou sujeitá-la igualmente ao processo executivo, é retirar-lhe a 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 pelo impetrante não é suscetível de cumprimento por outrem ou satisfação por meio diverso.

A propósito, conforme leciona Sérgio Cruz Arenhart (A doutrina brasileira da multa coercitiva - três questões ainda polêmicas):

"(...), não há ligação direta da multa coercitiva com a prestação (de direito material) solicitada pela parte, não pode haver vinculação necessária entre o direito material (protegido) e a ordem judicial (cujo cumprimento é garantido pela técnica coercitiva).

De outra parte, assim como toda técnica de pressão psicológica, o objetivo da multa coercitiva é o de vencer a vontade do ordenado. A coerção estatal sustenta-se na ameaça de um mal, visando a contar com a cooperação dos indivíduos no cumprimento das deliberações do Estado (deliberações estas que podem assumir o caráter legislativo, administrativo ou jurisdicional). Dentro desta perspectiva, a multa coercitiva tem por fim forçar a vontade do sujeito - que eventualmente não pretende cumprir com o comando judicial - a comportar-se da forma esperada pelo Estado, desestimulando-o de adotar qualquer outro tipo de atitude.

Em conta disso, é natural que a multa coercitiva apresente certo aspecto de "violência". Se os meios coercitivos servem para reprimir a vontade do ordenado (de desobedecer o comando judicial) é inafastável a conclusão de que esse objetivo só se obtém com a ameaça de um mal grave e desproporcional a qualquer vantagem que o ordenado pudesse auferir com o desrespeito à determinação judicial. Por isso mesmo, não têm cabimento eventuais argumentos que sustentam algum limite para a importância da multa coercitiva, ou que entendem que ela não pode converter-se em meio de opressão do ordenado. Sua

função é precisamente esta: acenar com a violência ao patrimônio do devedor recalcitrante, para forçá-lo a cumprir a deliberação judicial.

Obviamente, a intenção é apenas ameaçar o ordenado para obter sua conduta. Por isso, a tendência será sempre a de fazer com que a violência não se torne realidade, já que a regra será a constatação de que, diante da ameaça, o ordenado cumpriu com a determinação judicial. Todavia, em sendo necessário, frente à verificação do descumprimento da ordem judicial pelo ordenado, a ameaça do gravame deve converter-se na sua imposição concreta, imediata e precisa, exatamente para que a função coercitiva geral - sobre o próprio ordenado e sobre terceiros - seja preservada, sem abalo para a autoridade do Estado". (Destaquei). Sobreleva destacar, ainda, que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), por exemplo, previu, sem prejuízo das sanções cíveis, criminais e administrativas, como sanção, isolada ou cumulativa:

(...) 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.

Em tese, portanto, o legislador reputou possível a aplicação de sanção pecuniária de até 10% (dez) por cento do faturamento do ano anterior, percentual este que não se tem notícia tenha sido ultrapassado ou violado.

Diante da ausência, na legislação processual, de balizas para a fixação da multa em questão, há de se ter em conta os parâmetros estampados no mencionado diploma legal, quais sejam, a condição econômica do infrator e a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

No ponto, portanto, não vejo ilegalidade na fixação de multa em parâmetros diversos daqueles previstos na legislação civil, tampouco necessidade de processo executivo para cobrança."

Destarte não vejo ilegalidade na fixação de multa em face de descumprimento de ordem judicial.

Nada obstante, cabe referir que ao julgar o Agravo Regimental interposto pela Impetrante em face da decisão que indeferiu o pedido liminar (evento 7), o mesmo restou parcialmente provido pela 8ª Turma, na Sessão de Julgamento do dia 04/09/2019 (EXTRATOATA1 - evento 14), apenas para reduzir o valor da multa, nos termos do voto a seguir transcrito:

"Inicialmente, cabe referir que a alegação da Impetrante, ora Agravante, no sentido de que a requisição judicial foi integralmente cumprida, restou devidamente afastada pela decisão do Juízo de Origem, conforme segue:

"1. No evento 96, o Ministério Público Federal requer a remessa dos autos à Contadoria Judicial, para apurar o valor da multa imposta ao Facebook Brasil.

O Facebook Brasil, por sua vez, requer a revogação da multa, aduzindo que teria colaborado e cumprido integralmente a ordem judicial. Ainda que assim não fosse, aduz que o valor da multa é desproporcional, uma vez que os autos ficaram sobrestados de 30/08/2016 a 06/02/2018 por questões alheias à empresa. Subsidiariamente, requereu a substituição da penhora em dinheiro por seguro fiança.

Decido.

2. Não há motivos para revogação da multa imposta ao Facebook Brasil.

A empresa somente cumpriu a determinação após reiteradas intimações judiciais, ignorando a advertência de imposição de multa por diversas vezes. A resposta a

destempo, nesse contexto, não pode ser considerada satisfação integral da ordem judicial.

De outro lado, é fato que os autos ficaram sobrestados desde 02/08/2016 até 06/02/2018, por determinação do Juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR, então competente para processamento do feito.

Também é verdade que o sobrestamento se deu por motivos alheios à empresa, e que somente foram tomadas novas medidas para instar o cumprimento da ordem judicial em 07/02/2019.

Do mesmo modo, é preciso observar que a suspensão do feito e a ausência de atos coativos contribuíram para a desproporção do valor da multa, avaliada, em fevereiro de 2019, em aproximadamente 50 milhões de reais.

Nesse contexto, ainda que a empresa tenha demonstrado desídia no atendimento da ordem, julgo necessária a readequação do valor da multa, a fim de guardar proporcionalidade com a falta cometida, observando o quanto antes relatado.

Desse modo, fixo o início da mora da empresa em 23/05/2016, primeiro dia útil após vencimento do prazo da primeira intimação aplicando multa (evento 23, PRECATORIA1) até 30/08/2016 (data da suspensão do processo), retomando em 19/02/2019 (evento 65) até o cumprimento da ordem, em 22/04/2019 (evento 85).

3. Defiro o pedido do Ministério Público Federal, determinando o encaminhamento dos autos à Contadoria Judicial para apuração do valor devido pelo Facebook.

3.1. A Contadoria deverá observar a aplicação de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) de 23/05/2016 a 30/08/2016 e de R\$100.000,00 (cem mil reais) de 19/02/2019 a 22/04/2019.

3.2. Do cálculo, dê-se vista ao MPF e ao Facebook Brasil.

4. Desde logo, intimem-se as partes da presente decisão." Contudo, em relação ao valor da multa, tenho que a irresignação da Agravante, merece parcial acolhida.

Com efeito, em caso análogo ao dos autos, no julgamento do MANDADO DE SEGURANÇA (TURMA) Nº 5025788-15.2019.4.04.0000/SC, em 28/08/2019, proferi voto no seguinte sentido:

Segundo a redação do art. 1º da Lei nº 12.016/2009, cabível mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, podendo o juiz conceder a liminar se atendidos os requisitos previstos no art. 7º, III, do citado diploma legal.

O direito líquido e certo a que se refere a lei é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração, devendo estar expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições para sua aplicação, de modo que a certeza e liquidez do direito devem ser comprovadas de plano.

A presente impetração tem por objeto afastar decisão judicial contendo determinação direcionada à Impetrante, no âmbito do qual foi determinada a interceptação telemática, pelo prazo de 15 dias, e a quebra de sigilo de contas de usuários do INSTAGRAM especificadas na decisão para fornecimento de “todos os dados de cadastro, das imagens armazenadas, do histórico de conversas mantido em seus servidores, incluindo conteúdo das mensagens escritas e imagens e dos contatos (‘seguindo’ e ‘seguidores’)”, sob pena de multa diária, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Superior Tribunal de Justiça

Por oportuno, bem como para uma melhor compreensão do caso, transcrevo, em parte, as informações prestadas pelo Juízo Substituto da 7ª VF de Florianópolis, acerca do deferimento do pedido de quebra de sigilo de dados, que abarca as redes sociais, a partir das decisões judiciais proferidas na origem (evento 4 - OFIC1):

"(...)As medidas de investigação em curso nos autos do pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico n. 5003489-75.2019.4.04.7200 buscam apurar a provável existência de um grupo organizado, que atuaria, em tese, na prática dos crimes tipificados no artigo 273 do Código Penal e nos artigos 33 e 35 c/c 40, I, todos da Lei n. 11.343/2006.

Para tanto, dentre outros, deferiu-se a interceptação telemática e a quebra do sigilo telemático das conversas por meio do aplicativo WhatsApp relacionados aos investigados. Para tanto, a empresa administradora deveria fornecer 'a relação de contatos simétricos e assimétricos; descrição e contatos dos “grupos” dos quais o número pleiteado participa, como também a imagem utilizada no grupo; do histórico de conversas, mantido em seus servidores, incluindo conteúdo das mensagens escritas, áudios e imagens' e promover a 'interceptação, monitoramento e desvio de mensagens decorrentes do uso do aplicativo WhatsApp, em tempo real, incluindo o envio de arquivos anexados, áudios e imagens' dos números alvos.

A primeira decisão foi proferida em 19/02/2019.

Deferiu-se, também, a interceptação telemática e a quebra do sigilo telemático de contas do aplicativo Instagram relacionadas aos investigados. Para tanto, a empresa administradora deveria fornecer 'todos os dados de cadastro, das imagens armazenadas, do histórico de conversas mantido em seus servidores, incluindo conteúdo das mensagens escritas e imagens e dos contatos (“seguindo” e “seguidores”)’.

A primeira decisão foi proferida em 08/03/2019.

Com a notícia do não cumprimento ou do atendimento apenas parcial das determinações, em decisão proferida em 28/03/2019, fixou-se multa diária de R\$ 100.000,00 para eventuais novos descumprimentos (...) Da decisão, foram opostos embargos de declaração pela empresa Facebook, os quais foram rejeitados (evento 14).

Até esta data, não há notícia do cumprimento da totalidade das ordens exaradas por este Juízo pela empresa Facebook, dificultando o prosseguimento das investigações.

Não houve, até o momento, a consolidação da multa e a efetivação de eventual bloqueio de valores.

Sendo estas as informações que tinha a prestar, apresento votos de elevada estima e consideração." O FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA alega a impossibilidade de cumprir as ordens exaradas pelo juízo no que se refere ao aplicativo INSTAGRAM, uma vez que "não opera o Facebook ou o Instagram; não coleta, armazena, guarda ou trata dados de seus usuários; não detém servidores e infraestrutura para operação dos produtos, bem como não é controladora e responsável pelo processamento e fornecimento de dados de usuários dos referidos produtos". Esclarece que as referidas redes sociais/aplicativos seriam produtos oferecidos pela empresa Facebook Inc., situada nos Estados Unidos, que controlaria os dados de usuários brasileiros. Por essa razão, as requisições deveriam ser realizadas por meio de cooperação

Superior Tribunal de Justiça

jurídica internacional (na forma do Decreto 3.810/2001). Ressaltou que, sobre tais questões, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade 51/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, sendo necessário que se aguarde a decisão a ser proferida naquele feito.

Pois bem.

Ao analisar o pedido liminar, proferi decisão nos seguintes termos (evento 6):

"(...)No caso, a presente impetração se volta quanto à decisão proferida pelo juízo impetrado (Evento 6, na origem), in verbis:

"A empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. informou sua impossibilidade de cumprir as ordens exaradas por este Juízo no que se refere ao aplicativo Instagram, uma vez que 'não opera o Facebook ou o Instagram; não coleta, armazena, guarda ou trata dados de seus usuários; não detém servidores e infraestrutura para operação dos produtos, bem como não é controladora e responsável pelo processamento e fornecimento de dados de usuários dos referidos produtos'. Esclareceu que as referidas redes sociais/aplicativos são produtos oferecidos pela empresa Facebook Inc., situada nos Estados Unidos, que é quem controla os dados de usuários brasileiros. Por essa razão, as requisições devem ser realizadas por meio de cooperação jurídica internacional (Decreto 3.810/2001). Ressaltou que, sobre tais questões, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.

51/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, sendo necessário que se aguarde a decisão a ser proferida naquele feito. Juntou documentos (eventos 1 e 4).

Breve relato. Decido.

Os argumentos expostos pela empresa Facebook Serviços Online do Brasil não prosperam.

Em se tratando de procedimento de natureza criminal, a peticionária é destinatária direta do mandamento exarado nestes autos, com fulcro na Lei n. 9.296/1996, que expressamente autoriza a interceptação de comunicações telefônicas e fluxo de comunicações.

Tendo o aplicativo Instagram sido adquirido pela empresa Facebook (<https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/facebook-compra-instagram-por-us-1-bilhao-em-dinheiro-aco-es-4530157>) e somente esta possuindo representação no país, deve a administradora/proprietária guardar e manter os registros respectivos, propiciando meios para identificação dos usuários e teor de conversas, mídias e outras formas de registro ali mantidos, segundo preconiza a Lei n. 12.965/2014.

Por igual razão, deve também se submeter às requisições das autoridades brasileiras diretamente, independente de pedido de cooperação jurídica internacional. O reiterado descumprimento, segundo jurisprudência consolidada, enseja a aplicação de multa.

Nesse sentido, o STJ tem decidido reiteradas vezes que em matéria submetida à jurisdição brasileira não é necessária a cooperação jurídica internacional, entendendo que por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, mostrando-se desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.887 - RS
(2017/0190657- 0) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER RECORRENTE :

Superior Tribunal de Justiça

FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA ADVOGADOS :
ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) -
SP124516 LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410 PAULA
REGINA BREIM - SP306649 FABIANA SADEK DE OLYVEIRA - SP306249
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929 RAFAEL SILVEIRA
GARCIA E OUTRO(S) - DF048029 VIVIAN PASCHOAL MACHADO -
SP321331 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DECISÃO [...]

Na resposta que consta às 48-54 não constam todos os dados requisitados pelo d. Juízo de 1º Grau. Ao contrário, consta a divulgação apenas de informações básicas dos usuários da rede social Facebook e a afirmativa de que, para dados adicionais, deveria ser expedida carta rogatória ou observado o Decreto n. 3.810/2001.

[...] Ocorre que a mera alegação de que a empresa situada no Brasil não exerce atividade junto ao Serviço Facebook não dispensa a organização de atender à determinação judicial e informar os dados requisitados.

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

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

"Não tem fundamento a escusa dada pela GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. de que não atende as ordens judiciais pelo fato de os dados telemáticos estarem armazenados sob a gerência da GOOGLE INC., empresa situada nos EUA, porquanto a GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. é controlada integralmente pela GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC., constituindo as três empresas um único grupo econômico. Pois bem, sendo filial de pessoa jurídica estrangeira, por força do disposto no parágrafo único do artigo 88 do Código de Processocivil, o domicílio da corporação GOOGLE, nas demandas decorrentes dos serviços prestados a brasileiros, é indiscutivelmente o Brasil.

Ressalte-se que não se trata de empresas estranhas que não entretêm relação entre si, mas de controladora e controlada. Nessa mesma direção o artigo 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade subsidiária entre sociedades controladas e controladoras, para fins de proteção aos direitos do consumidor.

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

"QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO DA MINISTRA RELATORA QUE DETERMINOU A QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO (GMAIL) DE INVESTIGADOS EM INQUÉRITO EM TRÂMITE NESTE STJ. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. DESCUMPRIMENTO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE. INVERDADE. GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC. CONTROLADORA AMERICANA. IRRELEVÂNCIA. EMPRESA INSTITUÍDA E EM ATUAÇÃO NO PAÍS. OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS, ONDE OPERA EM RELEVANTE E ESTRATÉGICO SEGUIMENTO DE TELECOMUNICAÇÃO. TROCA DE MENSAGENS, VIA E- MAIL, ENTRE BRASILEIROS, EM TERRITÓRIO NACIONAL, COM SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO EM CRIMES COMETIDOS NO BRASIL. INEQUÍVOCA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. DADOS QUE CONSTITUEM ELEMENTOS DE PROVA QUE NÃO PODEM SE SUJEITAR À POLÍTICA DE ESTADO OU EMPRESA ESTRANGEIROS. AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO." (Inq 784/DF, Corte Especial, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe 28/08/2013) Com efeito, não há que se falar em ausência de previsão legal para aplicação de multa a terceiros que não integram o processo, em face do descumprimento de ordem judicial. A medida tem previsão no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, arts. 536 e 537 do Novo Códex. O instituto é aplicável no âmbito penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal.

A multa por descumprimento de ordem judicial apresenta natureza jurídica sancionatória/coercitiva e tem por objetivo assegurar a força imperativa das decisões judiciais, protegendo a eficiência da tutela do processo e dos interesses públicos nele envolvidos. Não tem por objetivo punir, ressarcir ou compensar, diga-se, não tem tem a finalidade de indenização de qualquer parte e tampouco expropriação do devedor.

[...] 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, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 15/04/2016).

[...] Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

P. I.

Brasília (DF), 07 de maio de 2018.

Ministro Felix Fischer Relator (Ministro FELIX FISCHER, 09/05/2018)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA TRANSNACIONAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRAFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. DECRETO N. 3.810/01 - MLAT. CONVENÇÃO DE PALERMO. OBSERVAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. BLACKBERRY. OPERADORAS ESTABELECIDAS NO TERRITÓRIO NACIONAL. PRESCINDÍVEL COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PARA O MISTER. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - O objetivo precípua da promulgação do "Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América", foi facilitar o quanto possível a cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal.

Exatamente em razão do fim primordial do referido acordo é que suas orientações não podem impedir a mesma assistência com base em "dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis", consoante o art. XVII do MLAT. II - O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo - Decreto 5.015/2014 - que visa prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional, segundo a qual seus signatários devem "reforçar ou, se necessário, criar canais de comunicação entre as suas autoridades, organismos e serviços competentes, para facilitar a rápida e segura troca de informações relativas a todos os aspectos das infrações previstas na presente Convenção" e, ainda, "intensificar a cooperação entre as suas autoridades competentes para a aplicação da lei" (art. 27).

III - Não há que se falar em ilegalidade da investigação que se iniciou após encaminhamento de notícia da existência de organização criminoso voltada para o tráfico transnacional de drogas pelo DEA - Drug Enforcement Administration para a Polícia Federal, porquanto se trata de cooperação realizada nos termos determinados pelos tratados e convenções internacionais de cooperação jurídica dos quais o Brasil é signatário.

IV - Com efeito, o Brasil e o Governo do Canadá firmaram em 27/1/1995, Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal, promulgado por meio do Decreto n. 6.747/2009. Nada obstante, os serviços telefônicos e telemáticos, por meio dos quais foram realizadas as comunicações interceptadas - Blackberry, encontravam-se ativos no Brasil, por intermédio de operadoras de telefonia estabelecidas no território nacional. Em matéria submetida à jurisdição brasileira, não é necessária a cooperação jurídica internacional.

V - Esta Corte firmou entendimento de que "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" (RMS 55.109/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 17/11/2017).

Recurso ordinário desprovido. (grifei) (STJ, RHC 84.100/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018)

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 su porte 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 pro cessual 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

Superior Tribunal de Justiça

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) Reforço, ainda, que administradores de redes sociais e aplicativos tão utilizados para as comunicações no Brasil deverão desenvolver tecnologia que permita a interceptação autorizada, caso contrário as ferramentas consubstanciarão um eficaz meio para a prática de crimes, o que certamente contraria os ditames da legislação brasileira e por óbvio não deve ser um dos objetivos ou missão da empresa.

Assim, rejeito a justificativa apresentada e determino o cumprimento, de imediato, das ordens exaradas por este Juízo nos autos do pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico n. 5003489-75.2019.4.04.7200 pela empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

Intimem-se.

Nada sendo requerido, arquivem-se."

Em sede de embargos de declaração, rejeitados, acrescentou, in verbis:

"(...) Não há omissões a serem sanadas.

Os pontos apresentados pela embargante foram enfrentados na decisão proferida no evento 6, que foram, inclusive, expressamente referidos no relatório do ato embargado:

A empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. informou sua impossibilidade de cumprir as ordens exaradas por este Juízo no que se refere ao aplicativo Instagram, uma vez que 'não opera o Facebook ou o Instagram; não coleta, armazena, guarda ou trata dados de seus usuários; não detém servidores e infraestrutura para operação dos produtos, bem como não é controladora e responsável pelo processamento e fornecimento de dados de usuários dos referidos produtos'. Esclareceu que as referidas redes sociais/aplicativos são produtos oferecidos pela empresa Facebook Inc., situada nos Estados Unidos, que é quem controla os dados de usuários brasileiros. Por essa razão, as requisições devem ser realizadas por meio de cooperação jurídica internacional (Decreto 3.810/2001). Ressaltou que, sobre tais questões, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.

51/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, sendo necessário que se aguarde a decisão a ser proferida naquele feito. Juntou documentos (eventos 1 e 4).

Embora sejam dois pontos, em que pese a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51, os fundamentos apresentados na decisão proferida no evento 6 convergem para a submissão da petição à requisições das

Superior Tribunal de Justiça

autoridades brasileiras diretamente, independentemente de pedido de cooperação jurídica internacional.

No que toca à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51, não a reconheço como questão prejudicial. Nesse sentido, alinho-me às reiteradas decisões proferidas pelo STJ, no sentido de que, em matéria submetida à jurisdição brasileira não é necessária a cooperação jurídica internacional, por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, mostrando-se desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

Ante o exposto, inexistindo obscuridades, omissões ou contradições a serem sanadas, REJEITO os embargos de declaração opostos no evento 6." Quanto ao pedido de deferimento de liminar, neste caso, tendo como norte o princípio do mínimo necessário que deve nortear os exames liminares, não vejo como deferir de plano a pretensão liminar de suspensão do ato coator.

Isso porque a questão é meramente patrimonial e, nada obstante o valor elevado da multa, o impetrante não traz aos autos qualquer comprovação de incapacidade financeira ou de que o eventual bloqueio pudesse lhe causar dano irreparável.

Para além disso, a decisão de primeiro grau encontra-se na linha do quanto já decidido em ações mandamentais similares e também pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, RMS nº 56.706/RS, Min. FELIX FISCHER, 06/03/2019). Em se tratando de mandado de segurança, não só o direito líquido e certo deve ser aferível à impetração, como também o risco de perecimento do direito.

No tocante ao valor da multa diária, o reexame e eventual readequação, à luz dos seus motivos determinantes, deverá ser feito no julgamento do mandado de segurança pela Turma, não sendo caso de exaurimento da questão em sede liminar.

Ademais, impende ressaltar que, na hipótese de julgamento favorável à tese do impetrante, este será integralmente ressarcido desse valor, com os acréscimos legais, devendo ser ressaltado que este não fez prova da necessidade deste valor para a regular manutenção das atividades do grupo econômico.

Por fim, pondero que não há motivos para a imposição de sigilo no presente mandamus, visto que o julgamento não exige a exposição de elementos que prejudiquem o direito constitucional de proteção à intimidade do impetrante ou de terceiros.

Assim, em juízo perfunctório, próprios das liminares, não vislumbro periculum in mora a justificar o deferimento da liminar.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar." Após, proferi decisão pela concessão da liminar no MS nº 5028602- 97.2019.4.04.0000, cujo impetrante é o WHATSAPP INC., em situação análoga à presente, nos autos do mesmo Pedido de Quebra de Sigilo de Dados 5003489-75.2019.404.7200, com a determinação extensiva ao presente feito.

Contudo, em melhor exame, verifico que as razões que levaram à concessão da liminar no MS nº 5028602-97.2019.4.04.0000, cujo Impetrante é o WHATSAPP INC. - incapacidade técnica de interceptar o conteúdo das mensagens de seus usuários sob o seu sistema de criptografia ponta-a-ponta -, não foram invocadas pelo FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA, ora Impetrante, no presente writ.

Com efeito, no presente writ o Impetrante sustenta que não opera o Facebook ou o INSTAGRAM; que as referidas redes sociais/aplicativos seriam produtos

Superior Tribunal de Justiça

oferecidos pela empresa Facebook Inc., situada nos Estados Unidos, que controlaria os dados de usuários brasileiros. Por essa razão, as requisições deveriam ser realizadas por meio de (e-STJ Fl.272) cooperação jurídica internacional (na forma do Decreto 3.810/2001).

Ressaltou que, sobre tais questões, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade 51/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, sendo necessário que se aguarde a decisão a ser proferida naquele feito.

Diante disso, permanecem hígidos os motivos que ensejaram o indeferimento da liminar (evento 6 - DESPAEC1), porquanto rejeitadas as justificativas apresentadas pela empresa Impetrante ao descumprimento da ordem judicial.

Oportuno destacar que, no bojo (i) da ADPF 403, de Relatoria do i.

Relator Edson Fachin, que versa sobre (im)possibilidade de determinar, em solo pátrio, a suspensão do aplicativo WhatsApp em razão de descumprimento de ordem judicial, e (ii) da ADI 5527, na qual se discute a (in)constitucionalidade dos artigos 10, § 2º, da Lei 12.965/2014 – popularmente conhecida como Marco Civil da Internet –, e artigo 12, incisos III e IV, do mesmo diploma legal, cuja Relatoria é da i. Ministra Rosa Weber, não houve qualquer decisum até o presente momento determinando a suspensão de processos em curso nos quais restaram aplicadas medidas coercitivas às empresas impetrantes por descumprimento de comando judicial.

Nesse diapasão, nada obsta o prosseguimento do caso em tela, no qual se discute a legalidade da multa arbitrada em desfavor da empresa Facebook Serviços Online do Brasil LTDA, por não atender às determinações exaradas pelo juízo primevo, isto é, proceder quebra de sigilo de contas de usuários do INSTAGRAM, investigados em operação policial, que visava investigar, desbaratar e responsabilizar criminalmente agentes de tráfico transnacional de drogas e membros de organização criminosas, para fornecimento de “todos os dados de cadastro, das imagens armazenadas, do histórico de conversas mantido em seus servidores, incluindo conteúdo das mensagens escritas e imagens e dos contatos (‘seguindo’ e ‘seguidores’).

Por sua vez, na Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade n. 51/DF, movida pela Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, e de Relatoria do i. Ministro Gilmar Mendes, a controvérsia centra-se na sabatina quanto à (in)constitucionalidade e (in)aplicabilidade do Decreto 3.810/2001 – que internalizou no Direito brasileiro o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre a nossa República Federativa e o Governo dos E.U.A (MLAT) – e dos artigos 237, inciso II, do Código de Processo Civil, e dos artigos 780 e 783 da Legislação Penal Adjetiva, para obtenção do conteúdo de comunicações que esteja sob controle da pessoa jurídica sediada fora do território pátrio. A medida cautelar restou deferida para o fim de obstar a movimentação dos valores depositados em juízo a título de multa nos processos em que se debate a aplicação do Decreto alhures mencionado.

Sem embargo, as empresas WhatsApp Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil LTDA pertencem ao mesmo grupo econômico, sendo fato público e notório que a empresa Facebook adquiriu o aplicativo WhatsApp em 2014. Nessa toada, uma vez que esta apresenta representação no território brasileiro, a decisão exarada na Medida Cautelar na ADI 51/DF não se aplica in casu, razão pela qual, também sob esta perspectiva, o presente processo não deve ser suspenso, podendo prosseguir esta C. Turma com o julgamento do presente mandamus.

Superior Tribunal de Justiça

O artigo 3º da Legislação Penal Adjetiva dispõe que a “ lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” Nesse diapasão, normas processuais, de outros ordenamentos pátrios, como do Código de Processo Civil, podem ser aplicadas ao Processo Penal, para fins de autointegração das normas, preenchendo eventual lacuna diante da inexistência de regramento específico no Código de Processo Penal.

Assim, o artigo 139, inciso IV, do Código Processo Civil é aplicável ao Processo Penal, pois enseja ao julgador adotar as medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento das ordens judiciais, razão pela qual pode o magistrado estabelecer que, em caso de descumprimento dessas, incidirá multa diária, não havendo, assim, falar em qualquer ilegalidade. Na mesma linha, incide igualmente o artigo 378 do mesmo diploma legal, que estabelece que ninguém se exime de colaborar com o Judiciário com o fito de descobrimento da verdade, e o artigo 380 também da Legislação Civil Adjetiva, que estabelece que incumbe ao terceiro informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento, e exibir coisa ou documento que esteja em seu poder, podendo o magistrado, em caso de descumprimento, “determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatória”.

Aliás, a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça admite a fixação de astreintes pelo não cumprimento da quebra de sigilo telemático de investigado em inquérito policial, vejamos:

PROCESSO PENAL E CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DO SIGILO TELEMÁTICO DE INVESTIGADO EM INQUÉRITO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELA EMPRESA, DESTINATÁRIA DA ORDEM, FUNDADO EM ALEGAÇÕES REFERENTES A DIREITO DE TERCEIRO. NÃO CABIMENTO. MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. ALEGADA BOA-FÉ DA RECORRENTE NÃO DEMONSTRADA. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A CLARO impugna decisão judicial que impõe pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelo descumprimento parcial de decisão que, em sede de inquérito, autorizou a quebra do sigilo dos registros das comunicações telefônicas de investigados. 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. Se imposta a terceiro, pessoa competente de cumprir a ordem judicial, a fim de assegurar a lisura do devido processo legal, poderá ele sofrer a cominação de multa diária em caso de descumprimento. Assim, caberia à recorrente a demonstração de motivo de força maior a justificar o atraso no cumprimento da ordem judicial, o que não ocorreu na espécie, razão pela qual não há como acolher o pleito de afastamento da multa em face de ter ela agido de boa-fé. 5. 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 elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ no caso da QO-Inq n. 784/DF. 6.

Recurso em mandado de segurança não provido. (STJ, RMS 45.746 – SP, 5ª Turma, Min. Relator Ribeiro Dantas, julgado em 23-4-2019, DJe 30-4-2019) Por fim, no tocante ao valor da multa diária, adoto os parâmetros fixados por esta 8ª Turma, no julgamento da ACR nº 50038090520174047004, cosnoante consignado no voto-médio do eminente Des. Federal João Pedro Gebran, verbis:

"(...) tenho que pela natureza da obrigação e pelas razões técnica exaustivamente ponderadas, a sanção pecuniária necessita de limitação.

Como dito, o legislador reputou possível a aplicação de sanção pecuniária de até 10% (dez) por cento do faturamento do ano anterior, percentual este que não se tem notícia tenha sido ultrapassado ou violado.

Some-se a isto, ainda, o fato de não ter sido demonstrado que o quantum poderia abalar a solidez econômico-financeira da empresa impetrante, nem do grupo empresarial do qual ela faz parte. Trata-se de mera alegação, sem que a parte tenha relacionado o alegado risco com demonstrações contábeis ou financeiras que atestem, à luz das receitas e despesas, que o valor é demasiadamente impactante.

Malgrado essas considerações, em compatibilidade com as premissas prévias, registro que se impõe a utilização de mecanismos outros de compatibilização entre a necessidade judicial e a razoabilidade da multa, refugindo deste binômio as reiteradas elevações dos valores da multa, mormente, quando o prejuízo para o processo é apenas relativo.

Não se mostra razoável, dessa forma, após a consolidação e a determinação de bloqueio, a hipótese de nova sanção em razão do descumprimento de ordem judicial ou a continuidade da imposição de multa, principalmente porque é intuitiva a sua incidência em razão de questões burocráticas e técnicas.

É importante anotar que, em face dos investigados - senão de todos, certamente da grande maioria deles - foram oferecidas denúncias em ações penais relacionadas, todas posteriormente à consolidação operada pela decisão ora em revisão. Nesse aspecto, portanto, nota-se a adequação da quantidade de dias considerados de recalcitrância das apelantes.

De toda sorte, evoluindo sobre o montante total, verifica-se excesso desproporcional. Pelo 1º período de 15 (quinze) dias de descumprimento incidiram R\$ 200 mil/dia; pelo 2 e 3º períodos, R\$ 250 mil/dia; do 4º ao 13º períodos, a multa foi majorada para R\$ 5 milhões/dia; ao final, pelos períodos restantes (14º ao 27º), houve majoração da multa para R\$ 6 milhões/dia.

O escalonamento crescente da sanção pecuniária é absolutamente legítimo e inerente ao reiterado descumprimento da ordem judicial.

Superior Tribunal de Justiça

Contudo, percebendo-se um salto desproporcional na fixação do quantum diário, autoriza-se a intervenção do segundo grau, notadamente no caso em concreto que, pela repercussão e importância, produzirá efeitos sobre futuras decisões.

Pois bem.

De plano, tenho como razoável definir a sanção em R\$ 20 mil/diários para o primeiro período de 15 (quinze dias). A importância de R\$ 200 mil iniciais a título de descumprimento mostra-se excessiva e sem, naquele momento, causa razoável, embora o histórico de descumprimento de ordens judiciais dessa natureza.

A partir daí, a cada 3 períodos de 15 dias - correspondente aos prazos de duração das quebras de sigilo -, a multa poderá ser majorada em 25% (vinte e cinco por cento).

(...) "Diante disso, tenho como razoável reduzir a sanção para R\$ 20 mil/diários para o primeiro período de 15 (quinze dias). A partir daí, a cada 3 períodos de 15 dias - correspondente aos prazos de duração das quebras de sigilo -, a multa poderá ser majorada em 25% (vinte e cinco por cento).

Nessa senda, reconhecida a possibilidade de continuidade do julgamento do feito, bem como reconhecida a legalidade das multas impostas em desfavor da impetrante, forte no artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88, artigos 1º e 2º da Lei de n. 9.296/1996 – conhecida como Lei das Interceptações Telefônicas –, artigo 7º, incisos II e III, e artigo 10, § 2º, ambos da Lei 12.965/2014 – vulgarmente denominada Marco Civil da Internet – e diante das circunstâncias fáticas apresentadas a esta Corte, impõe-se a concessão parcial da ordem, apenas para reduzir o valor da multa aplicada.

Ante o exposto, voto no sentido de conceder em parte a ordem, tão-somente para reduzir o valor da multa aplicada." Diante disso, tenho como razoável reduzir a sanção para R\$ 20 mil/diários para o primeiro período de 15 (quinze dias). A partir daí, a cada 3 períodos de 15 dias - correspondente aos prazos de duração das quebras de sigilo -, a multa poderá ser majorada em 25% (vinte e cinco por cento).

Sendo assim, acolho, em parte as alegações da Agravante para reduzir o valor da multa aplicada, nos termos da fundamentação supra.

Dispositivo, Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao agravo regimental."

Ante o exposto, voto no sentido de conceder em parte a ordem, tão-somente para reduzir o valor da multa, nos termos da fundamentação.

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 que determinou a quebra de sigilo e interceptação telemática de contas do Facebook Serviços Online do Brasil LTDA.

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, apesar de não haver disposição expressa a respeito no Código de Processo Penal, aplicando-se, por analogia, o disposto no Código de Processo Civil. Nesse sentido: Inq. 784/DF, Relatora Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe

Superior Tribunal de Justiça

28/8/2013; Agrg no RMS 55.050/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/10/2017; RMS 54.444/RJ, DJe 13/10/2017, Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA.

Ressalto, no entanto, que, por ocasião do julgamento do RMS 54.444/RJ pela Sexta Turma, em 12/9/2017, em hipótese semelhante a que ora se analisa, manifestei posição divergente, em relação à qual proponho nova discussão.

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

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

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

Usa-se, por analogia, o art. 3º do CPP, mas o fundamento da medida tem caráter cominatório, estando atrelado ao atraso ou descumprimento de ordem judicial, tratando-se, pois, de *astreintes*, ou seja, multa pecuniária coercitiva típica do âmbito do direito processual civil. Trata-se de multa, portanto, 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.

Destaca-se, por oportuno, o seguinte trecho da decisão monocrática proferida no RMS 35.906/MS, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a respeito da impossibilidade de aplicação de multa cominatória em hipótese de incapacidade ou demora no cumprimento da

ordem judicial:

Advirto, porém, que, independentemente dos valores em discussão e dos critérios utilizados para sua fixação, há palpável incompatibilidade entre o instituto processual utilizado e seu manejo pela autoridade coatora.

A multa cominatória, tal como prevista na legislação processual civil, tem como objetivo coagir o devedor ao cumprimento da obrigação mediante a imposição de penalidade pecuniária.

Tal sanção não se autonomiza da providência judicial que visa a efetivar, mas seguirá necessariamente a sorte processual do direito tutelado. Essa incompatibilidade foi muito bem tratada na manifestação da Procuradoria Geral da República, que peço vênia para transcrever:

“Nota-se que, não mais se discutindo a impossibilidade do cumprimento da ordem, as *astreintes* foram ainda assim mantidas, sob o fundamento de que puniriam o apontado atraso na explicação sobre o motivo do não atendimento da ordem. Isso, porém, efetivamente, desnatura a multa cominatória, que se diferencia da aplicação da sanção pelo descumprimento, sem justificativa, de ordem judicial. A multa cominatória visa a compelir quem está sujeito a uma obrigação a cumpri-la. Evidenciado que a obrigação era impossível de ser satisfeita, a multa perde sentido, não podendo se convolar em multa-sanção por não se ter respondido com maior antecedência que a ordem recebida pela empresa era inviável. Se houve na demora assinalada na origem algum comportamento passível de punição, as *astreintes* não se prestam para punir esse comportamento” (fl. 429).

Dessa forma, não se mostra compatível com o nosso ordenamento a aplicação de multa cominatória apenas com o intuito de punir o recorrente pela demora na apresentação de justificativa sobre a impossibilidade de cumprimento da ordem judicial, o que configura o caráter teratológico da decisão a dar ensejo ao provimento do recurso.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. TERATOLOGIA. FUNDAMENTAÇÃO.

1. O mandado de segurança contra ato judicial só tem lugar quando (i) não cabível recurso ou correição (contrário sensu da súm. 267/STF); e (ii) demonstrada a inequívoca teratologia da decisão impugnada (MS 32.772 AgR, Rel. Min. Rosa Weber). 2. Irrecorribilidade do acórdão impugnado reconhecida no julgamento do AI 642.705/STF. Não devidamente fundamentada a ausência de teratologia assentada no acórdão recorrido, notadamente tendo em conta os argumentos deduzidos na peça de interposição do recurso e o valor da multa aplicada. 3. Agravo a que se nega provimento”. (RMS 26769 AgR-AgR-AgR-ED-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 16.11.2017)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança pleiteada, declarando a ilegalidade da multa imposta ao impetrante no Recurso Eleitoral 117-92.2013.6.12.0001. (RMS 35.906/MS, decisão monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 247, divulgado em 20/11/2018)

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

Superior Tribunal de Justiça

natureza de pena, somente podendo ser imposta na seara penal mediante prévia cominação legal, pois vedado em nosso ordenamento o uso da analogia *in malam partem*. A esse respeito:

PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO: EXCEPCIONALIDADE DIANTE DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. 2. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (ART. 18 DO CPC/1973) NA SEARA PENAL. ILEGALIDADE. ANALOGIA IN MALAM PARTEM.

[...]

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

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

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

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS ACLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INFUNDADO. NÍTIDO CARÁTER 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.

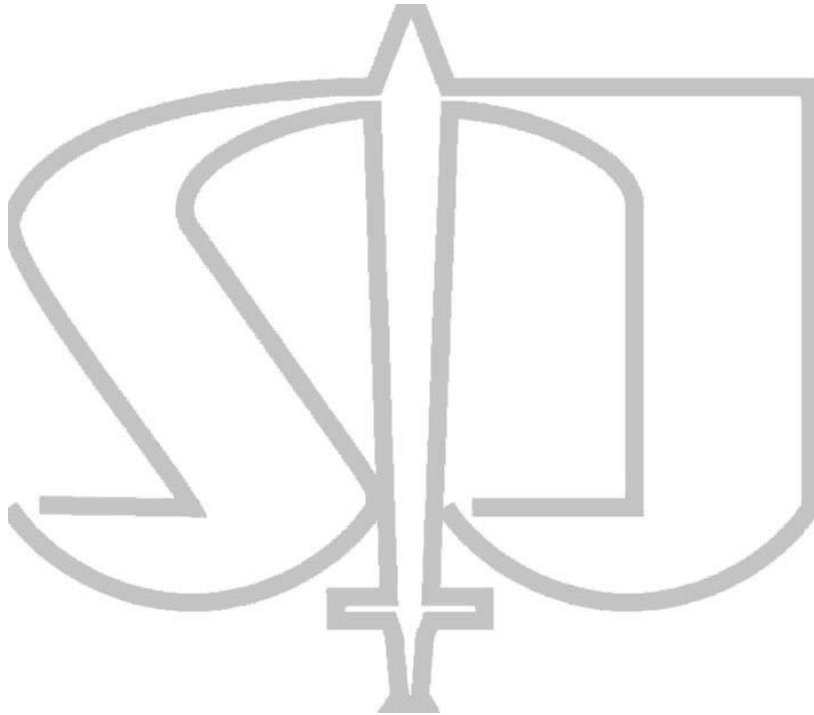
2. Não obstante na esfera penal não ser viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é perfeitamente possível, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, a baixa dos autos, independentemente da publicação do acórdão, para que inicie o cumprimento da pena imposta.

3. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de imediata baixa

Superior Tribunal de Justiça

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 a fim de desconstituir as decisões de primeiro grau que aplicaram ao recorrente a multa por descumprimento de determinação judicial, ficando, por conseguinte, prejudicada a análise das demais teses arguidas.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0360067-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 62.452 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50207882520154047000 50368193220194040000 50618808020154047000

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 11/03/2020
SEGREDO DE JUSTIÇA

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 : F S O DO B L
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
FABIANA SADEK DE OLYVEIRA - SP306249
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
LAIS GUIZELINI GIBERTONI - SP424558
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena de Multa

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo sustentou oralmente pela parte recorrente.

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 ao recorrente a multa por descumprimento de determinação judicial, 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 62.452 - PR (2019/0360067-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : F S O DO B L

ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
FABIANA SADEK DE OLYVEIRA - SP306249
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
LAIS GUIZELINI GIBERTONI - SP424558

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÃO SUPERVENIENTE 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 TERCEIRO. BACEN-JUD. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. WHATSAPP. LEGITIMIDADE DO FACEBOOK. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. ATRASO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Estes autos não cuidam da criptografia de ponta-a-ponta, matéria cuja constitucionalidade encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (ADI 5527, de relatoria da Min. Rosa Weber e ADPF 403, do Min. Edson Fachin).
2. O Facebook Brasil é parte legítima para representar, nos Brasil, os interesses do WhatsApp Inc, subsidiária integral do Facebook Inc. “Com o fim de facilitar a comunicação dos atos processuais às pessoas jurídicas estrangeiras no Brasil, o art. 75, X, do CPC prevê que a pessoa jurídica estrangeira é representada em juízo 'pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil' e o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que o 'gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo'. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões "filial, agência ou sucursal" não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.” (HDE 410/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019). A regras advinda do precedente não deve, no caso concreto, ficar restrita à possibilidade de citação e intimação, sem possibilitar a cominação de multa. Interpretação restritiva tornaria inócua a previsão legal, pois, uma vez intimada, bastaria à representante nada fazer. Portanto, a possibilidade das astreintes revela-se imperiosa até para que se dê sentido ao dispositivo.

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

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

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

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

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

8. O parâmetro máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado por esta Corte em caso assemelhado, na QO-Inq n. 784/DF, foi observado. Assim, não se verifica desproporcionalidade na multa.

9. Recurso ordinário desprovido.

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela empresa **F. S. O. DO B. L.** em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que concedeu parcialmente a segurança para reduzir o valor da multa fixada pelo descumprimento de ordem judicial.

O acórdão restou assim ementado:

"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. MULTA. REDUÇÃO.

1. 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.

2. 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. Reiteradas decisões proferidas pelo STJ, no sentido de que, em matéria submetida à jurisdição brasileira não é necessária a cooperação jurídica internacional, por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, mostrando-se desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

3. É lícita a fixação de penalidade em face de descumprimento de ordem judicial. Hipótese em que 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, notadamente em razão do fixado no art. 144-A do Código de Processo Penal.

4. A sujeição da efetivação da multa por descumprimento de decisão judicial ao processo executivo implica em subversão lógica e violação ao princípio da efetividade da jurisdição, notadamente porque a ordem não atendida pelo impetrante não é suscetível de cumprimento por outrem ou satisfação por meio diverso.

5. 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, em especial diante da contumaz negativa da impetrante de submeter-se à jurisdição nacional. Caso em que a majoração escalonada da multa por descumprimento é inerente à seqüência das decisões judiciais reiteradamente descumpridas.

6. O escalonamento crescente da sanção pecuniária é absolutamente legítimo e inerente ao reiterado descumprimento da ordem judicial. Contudo, percebendo-se um salto desproporcional na fixação do quantum diário, autoriza-se a intervenção do segundo grau, notadamente no caso em concreto que, pela repercussão e importância, produzirá efeitos sobre futuras decisões.

7. Segurança parcialmente concedida para reduzir o valor da multa." (E-STJ fls. 278-279).

Superior Tribunal de Justiça

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 recorrente alega que o *decisum* impugnado extrapolou os limites delineados no *mandamus*. Explica que nada foi dito, no mandado de segurança, acerca da necessidade de cooperação internacional, o que foi analisado no acórdão. Por isso, denuncia a ocorrência de decisão *extra petita*.

Alega ainda que houve cumprimento integral da determinação judicial, tendo havido o repasse do requerimento judicial à empresa com sede no exterior e, por parte desta, o envio à autoridade judicial dos procedimentos necessários para a obtenção dos dados privados requisitados.

Alega estar havendo a aplicação de uma sanção não prevista no ordenamento jurídico.

Argumenta ainda que a multa que, em tese, seria cabível é a do art. 77, §5º, do CPC, multa por ato atentatório à dignidade da justiça, cujo valor máximo é de até 10 salários mínimos.

Por fim, alega haver desproporcionalidade e irrazoabilidade no montante fixado a título de multa diária.

Nos pedidos, requer a diminuição da multa para os parâmetros do art. 77, §5º, do CPC, ou seja, reduzida para o valor equivalente a até 10 salários mínimos. Subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da multa fixada, de modo que se atenda à proporcionalidade e à razoabilidade.

Por se tratar de questão com repetição de processos, o em. Min. Relator, Néli 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 dos recursos, para desconstituir as decisões de primeiro grau que aplicaram 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:

Superior Tribunal de Justiça

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

A partir dessa norma, é possível concluir haver

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

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

Não obstante, por lealdade, é interessante ressaltar que o novo Código de Processo Civil não prevê expressamente o suprimento do processo penal por suas normas. "Isso porque o artigo 15 do CPC traz a seguinte redação: 'Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente'. Da leitura do artigo, percebe-se que não há menção aos processos penais, o que trouxe duas correntes sobre a sua possibilidade de aplicação: a primeira determina que o rol trazido pelo CPC é exemplificativo, o que permite o acréscimo dos processos penais às possibilidades de aplicação analógica; a segunda, por sua vez, defende a taxatividade do rol, excluindo os processos penais e determinando o preenchimento de suas possíveis lacunas com a aplicação do Código de Processo Penal Militar. Prevalece, no entanto, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do CPP com os dispositivos do CPC." (*Idem*).

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

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

1. Diante da alteração legislativa inaugurada pela Lei n. 13.491/2017, que ampliou o conceito de crime militar para além daqueles previstos no Código

Penal Militar, considera-se a natureza militar dos crimes de tortura e de falsidade ideológica praticados por policiais militares em exercício, atraindo, portanto, a competência da Justiça Castrense.

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

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

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

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

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

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

2. Agravo regimental improvido."

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

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

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

2. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

caso de descumprimento pelo devedor".

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

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

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

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

Como se vê, portanto, a multa cominatória surge, no direito brasileiro, como uma alternativa à crise de inefetividade das decisões, um meio de se infiltrar na vontade humana até então intangível e, por coação psicológica, demover o particular de possível predisposição de descumprir determinada obrigação.

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

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

Além disso,

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

...

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

[...]

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

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

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

...

A realidade fática, todavia, revelou casos em que, embora tecnicamente cabível a prisão preventiva, poder-se-ia cogitar da imposição de medida cautelar menos gravosa ao réu, ainda que sem previsão legal. É o caso da retenção de passaportes de acusados, na hipótese de haver indícios de probabilidade de fuga do país. Em situações assim, o Superior Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente que não faria sentido impor uma medida mais grave, reconhecendo, portanto, o poder geral de cautela no processo penal [refere-se, neste passo, o HC 2.868-6/SP, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 13.12.95, portanto **muito antes da Lei 12.403/2011**, que inseriu várias medidas cautelares diversas da prisão no CPP]. No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal [transcreve-se a ementa do HC 94.147/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 27.05.2008, também **anterior à mencionada Lei 12.403/2011**].

...

Com a Lei 12. 403/2011 foram introduzidas no CPP diversas medidas cautelares pessoais que antes eram impostas com base no poder geral de cautela (...). Após a inovação legislativa, há quem sustente que o legislador teria sido taxativo em tal rol, não se podendo cogitar de outras medidas cautelares pessoais. Equivoca-se tal entendimento (...) por desconsiderar até mesmo as razões da inovação legislativa, não sendo razoável presumir que o legislador teria esgotado todas as hipóteses possíveis, numa espécie de retorno a uma postura positivista exegética, inimaginável nos dias atuais.

Assim, defende-se que **outras medidas podem ser impostas** ao acusado, **fora do rol do art. 319 do CPP**, seja como medida cautelar substitutiva de uma prisão preventiva cabível (o que é evidentemente favorável ao acusado), seja como medida cautelar em hipótese de não cabimento da prisão preventiva, com o objetivo de **tutelar outros direitos fundamentais que não os do acusado, de forma excepcional.**”

(TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães, *Das medidas cautelares no processo penal: um esboço à luz do regramento da tutela provisória no novo CPC*, em *Processo Penal* (coleção *Repercussões do novo CPC*), coordenadores CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio et CRUZ,

Rogério Schietti. Salvador, Juspodivm, 2016, pp. 229/231. Os grifos não são do original).

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

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

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

"Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP). 2. Habeas corpus denegado."

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

(Grifou-se).

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

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

...

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

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

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

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

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

6. Habeas corpus não conhecido."

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

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

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

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

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

4. A vedação de o paciente manter contato com crianças e adolescentes, exceto aqueles de seu vínculo familiar, pode comprometer totalmente o exercício de sua profissão de professor.

Reduzida a limitação para impedir o magistério no ensino fundamental.

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

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

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

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

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

prevista em outra norma do ordenamento.

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

Confira-se ainda a lição do professor Mirabete:

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

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

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

"Provas inominadas são produzidas e juntadas nos autos, mesmo sem a devida previsão legal de sua existência. Até há pouco tempo, não havia previsão expressa no Código de Processo Penal da apresentação como provas, por exemplo, de filmagens (vídeos) e fotografias. Com a evolução da tecnologia, essas provas passaram a ser extremamente comuns nos autos do processo, e ganharam, recentemente, referência expressa", fazendo menção ao art. 479, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/2008.

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

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

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

...

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

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

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

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

10. Agravo regimental a que se nega provimento."

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

3. TERCEIRO ESTRANHO À RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL

PENAL

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

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

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

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

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

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

eventual descumprimento de ordem judicial (com a multa por contempt of court, por exemplo), mas não podem ser compelidas ao cumprimento dessa mesma ordem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

requisição.

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Grifou-se).

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

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

“Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no

Superior Tribunal de Justiça

art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

...

Art. 436. ...

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

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

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

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

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

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

Em idêntica direção:

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. LEGALIDADE E VALOR DA MULTA. DECADÊNCIA.

APLICAÇÃO DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL PARA TERCEIROS FORNECER INFORMAÇÕES. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

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

Recurso em mandado de segurança desprovido."

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

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

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

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

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

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

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

...

7. A renitência da empresa ao cumprimento da determinação judicial

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

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

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

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

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

1. O juízo criminal, ao aplicar multa cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados decorrentes da quebra de sigilo determinada em inquérito policial, estabelece com ela uma relação jurídica de natureza cível, seja porque o responsável pelo cumprimento da ordem judicial não é parte no processo criminal, seja porque a aplicação de multa por eventual descumprimento - ou retardo no adimplemento - tem amparo no art. 475-J do Código de Processo Civil.

[...]

4. Recurso especial provido."

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

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

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

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

(...) o art. 537, § 2º, previu, expressamente, que o valor da multa será devido ao exequente. De ressaltar-se que, embora o art. 537 esteja inserido em capítulo que trata do cumprimento de sentença, o caput

Superior Tribunal de Justiça

do art. 537 do novo CPC admite a imposição de tal multa também na fase de conhecimento."
(Grifou-se).

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

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

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

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

[...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso".

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se, como dito, de uma analogia, pois o dispositivo refere-se à destinação do produto do crime. Tanto que há priorização, por meio da ressalva expressa, do direito da vítima, beneficiando-se a União (exceto,

como no caso, ela mesma a vítima), apenas após satisfeito o direito do lesado.

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

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

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

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

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

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

(Grifou-se).

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

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

“Os mecanismos coercitivos contrapõem-se aos sub-rogatórios, pelos quais o próprio poder jurisdicional, mediante atos diretos do juiz ou de auxiliares seus, produz o resultado que se teria com o cumprimento da decisão. Na concepção clássica de processo, a atuação executiva deveria dar-se basicamente mediante meios sub-rogatórios [cita-se aqui *Processo de Execução*, de MUNHOZ DE MELLO, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 2-6]. Quando não fosse viável a substituição da conduta do obrigado por providências judiciais, a execução específica era tida por

Superior Tribunal de Justiça

“impossível” e restava apenas o caminho da conversão em perdas e danos. Na concepção clássica de processo, as coisas paravam por aí. O juiz não poderia emitir ordens às partes. Essa noção está superada...

...

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

...

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

...

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

...

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

...

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

...

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

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

requisitadas [anota-se referência a feito que correu na 2ª Vara Federal de Curitiba sob o n. 5048457-24.2013.404.7000/PR].

...

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

...

Do mesmo modo, se o **bloqueio de aplicações financeiras** fosse adotado como medida coercitiva atípica, em si mesma e não como início de execução da multa, a competência também seria do juiz penal.

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

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

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

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

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

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

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

Explico. Até para justificar por que, neste singular aspecto, afasto-me das lições de Talamini (em trecho que não citei, mas que — por honestidade intelectual — refiro, em que

Superior Tribunal de Justiça

ele prevê contraditório até mesmo prévio à decretação da medida), tão largamente invocadas antes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

julgamento do agravo regimental, em virtude da impossibilidade de inovação recursal.

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

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

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

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

7. Agravo regimental desprovido.

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

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

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

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

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

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

44.892/SP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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. LEGITIMIDADE DO FACEBOOK (CASO WHATSAPP - ALEGAÇÃO DO FACEBOOK NOS RMS's 60.174/RO E 54.654/RS)

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

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

A propósito:

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

...

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

10. Com o fim de facilitar a comunicação dos atos processuais às pessoas jurídicas estrangeiras no Brasil, o art. 75, X, do CPC prevê que a pessoa jurídica estrangeira é representada em juízo "pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil" e o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que o "gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo".

11. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que

as expressões "filial, agência ou sucursal" não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.

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

13. A forma como de fato a pessoa jurídica estrangeira se apresenta no Brasil é circunstância que deve ser levada em conta para se considerar regular a citação da pessoa jurídica estrangeira por meio de seu entreposto no Brasil, notadamente se a empresa estrangeira atua de fato no Brasil por meio de parceira identificada como representante dela, ainda que não seja formalmente a mesma pessoa jurídica ou pessoa jurídica formalmente criada como filial.

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

...

18. Sentenças estrangeiras homologadas."

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

A ideia do mencionado precedente não deve, no caso dos autos, ficar restrita à possibilidade de citação e intimação, sem possibilitar a cominação de multa. Note-se que a interpretação restritiva do julgado poderia tornar inócua a previsão legal do art. 75, X, do novo CPC, pois, uma vez intimada, bastaria à representante nada fazer. Portanto, a possibilidade das *astreintes* revela-se imperiosa até para que se dê sentido ao dispositivo.

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

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

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

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

1. A adoção da **teoria da aparência** pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor.

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

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

4. Recurso especial desprovido."

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

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

"No que diz respeito à insurgência contra a aplicação de multa por

descumprimento de ordem judicial, resta evidente nos autos que o recorrente não atendeu o comando judicial.

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

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

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

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

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

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

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

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

'Não tem fundamento a escusa dada pela GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. de que não atende as ordens judiciais pelo fato de os dados telemáticos estarem armazenados sob a gerência da GOOGLE INC., empresa situada nos EUA, porquanto a GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. é controlada integralmente pela GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC., constituindo as três empresas um único grupo econômico. Pois bem, sendo filial de pessoa jurídica estrangeira, por força do disposto no parágrafo único do artigo 88 do Código de Processo civil, o domicílio da corporação GOOGLE, nas demandas decorrentes dos

serviços prestados a brasileiros, é indiscutivelmente o Brasil. Ressalte-se que não se trata de empresas estranhas que não entretêm relação entre si, mas de controladora e controlada. Nessa mesma direção o artigo 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade subsidiária entre sociedades controladas e controladoras, para fins de proteção aos direitos do consumidor.

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

(...)

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

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

(...)." (Grifou-se).

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

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

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

condão de elidir a legitimidade da representante."
(Grifou-se).

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

6. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Nestes autos, o recorrente, em sua fundamentação traz vários pontos, conforme relatado. Entretanto, o pedido se limita à minoração do valor da multa aplicada. Solicita seja ela diminuída, de modo a se adequar ao limite máximo previsto no art. 77, §5º, do CPC, ou seja, 10 salários mínimos. Subsidiariamente, requer a diminuição da multa a valor proporcional e razoável com a postura da recorrente diante do requerimento judicial.

Nada obstante a menor extensão do pedido, por força do princípio da primazia da decisão de mérito, enfrentar-se-á também a alegação da defesa no sentido do cumprimento integral da ordem judicial.

Conforme anotado pela Corte de origem, o cumprimento da medida foi intempestivo. Realizado somente após "reiteradas intimações judiciais, ignorando a advertência de imposição de multa por diversas vezes". Confira-se:

"2. Não há motivos para revogação da multa imposta ao Facebook Brasil. A empresa somente cumpriu a determinação após reiteradas intimações judiciais, ignorando a advertência de imposição de multa por diversas vezes. A resposta a destempo, nesse contexto, não pode ser considerada satisfação integral da ordem judicial."
(E-STJ, fl. 221)

Nessa senda, importante registrar também, como já mencionado alhures, no estabelecimento das premissas (itens 2 e 3 deste voto), que o caso não trata de aplicação de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, mas sim de fixação de multa que busca alavancar a pessoa física ou jurídica requerida a sair da inércia e cumprir a ordem judicial. Ou seja, é um mecanismo jurídico por meio do qual se busca que o próprio particular, ainda que não espontaneamente, cumpra a vontade do ordenamento jurídico ou da ordem judicial. Assim, inviável aplicar-se, na hipótese, o art. 77, § 5º, do CPC.

De todo modo, o exame da proporcionalidade da multa é medida de contenção e controle legítimo conferido àquele que tem contra si a imposição de *astreintes*.

Vale inclusive o destaque no sentido de que "A decisão que arbitra *astreintes* não faz coisa julgada material, visto que é apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser modificada a requerimento da parte ou de ofício, para aumentar ou diminuir o valor da multa ou, ainda, para suprimi-la." (AgInt no REsp 1846190/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 27/04/2020).

Veja-se, primeiramente, que o próprio Tribunal recorrido já realizara um prévio juízo de ponderação em relação ao *quantum* da multa diária, trazendo-o para patamares mais baixos, bem como subtraindo o tempo em que o processo ficou suspenso, sem culpa da recorrente:

Superior Tribunal de Justiça

"De outro lado, é fato que os autos ficaram sobrestados desde 02/08/2016 até 06/02/2018, por determinação do Juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR, então competente para processamento do feito.

Também é verdade que o sobrestamento se deu por motivos alheios à empresa, e que somente foram tomadas novas medidas para instar o cumprimento da ordem judicial em 07/02/2019.

Do mesmo modo, **é preciso observar que a suspensão do feito e a ausência de atos coativos contribuíram para a desproporção do valor da multa**, avaliada, em fevereiro de 2019, em aproximadamente 50 milhões de reais.

Nesse contexto, ainda que a empresa tenha demonstrado desídia no atendimento da ordem, julgo necessária a readequação do valor da multa, a fim de guardar proporcionalidade com a falta cometida, observando o quanto antes relatado.

Desse modo, **fixo o início da mora da empresa em 23/05/2016, primeiro dia útil após vencimento do prazo da primeira intimação** aplicando multa (evento 23, PRECAT0RIA1) **até 30/08/2016** (data da suspensão do processo), **retomando em 19/02/2019** (evento 65) **até o cumprimento da ordem, em 22/04/2019** (evento 85).

3. Defiro o pedido do Ministério Público Federal, determinando o encaminhamento dos autos à Contadoria Judicial para apuração do valor devido pelo Facebook.

3.1. A Contadoria deverá observar a aplicação de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) de 23/05/2016 a 30/08/2016 e de R\$100.000,00 (cem mil reais) de 19/02/2019 a 22/04/2019." (E-STJ, fls. 221-222. Grifou-se).

Com efeito, passa-se à análise.

Inicialmente, a multa fora fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso, majorando-se posteriormente esse valor para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com incidência também diária.

No Tribunal de origem, o Relator propôs a redução do valor, adotando-se a seguinte fórmula:

"Diante disso, tenho como razoável reduzir a sanção para **R\$ 20 mil/diários para o primeiro período de 15 (quinze dias)**. **A partir daí, a cada 3 períodos de 15 dias** - correspondente aos prazos de duração das quebras de sigilo -, **a multa poderá ser majorada em 25% (vinte e cinco por cento)**." (E-STJ, fl. 235. Grifou-se).

No acórdão, é possível verificar o período de mora:

"Desse modo, fixo o início da mora da empresa em **23/05/2016, primeiro dia útil após vencimento do prazo da primeira intimação** aplicando multa (evento 23, PRECAT0RIA1) **até 30/08/2016** (data da suspensão do processo), retomando em **19/02/2019 (evento 65) até o cumprimento da ordem, em 22/04/2019** (evento 85)." (E-STJ, fl. 222. Grifou-se).

Conforme se nota do trecho assinalado, são noventa e nove dias de atraso no ano

Superior Tribunal de Justiça

de 2016 e sessenta e dois dias no ano de 2019, somando-se, ao todo, 161 dias de mora.

Com efeito, destaca-se que o valor fixado pelo Corte de origem está até mesmo aquém do valor determinado por este Superior Tribunal em situações análogas.

No primeiro período de 15 dias, a multa foi de 20 mil. A partir do 16º dia, o Tribunal determinou que a cada três períodos de 15 dias, ou seja, a cada 45 dias, o valor deveria ser acrescido de 25%. Logo, no segundo período, que se iniciou no 61º dia de mora, o valor passou a ser R\$ 25 mil. No terceiro período, R\$ 31,25 mil, e, por fim, no quarto período, R\$ 39,06 mil.

Note-se que do dia 150º ao 161º, período em que a multa se encontrava no patamar mais alto, ela ainda estava abaixo do valor diário que este Superior Tribunal de Justiça considera razoável. Ilustrativamente:

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

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

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

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

4. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seus

arts. 10, § 1º, e 12º, assegura aos usuários que a prestação de serviços de internet deve seguir a legislação brasileira, garantindo que os dados armazenados somente podem ser disponibilizados mediante cumprimento de decisão judicial. Estabelece, ainda, o seu art. 11, a soberania brasileira ao submeter à nossa legislação todo ato de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, bem como dados pessoais ou comunicações, que devem ser obedecidos pelas empresas prestadoras de serviços no Brasil.

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

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

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

8. Recurso em mandado de segurança não provido."

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

Além disso, é importante destacar que as instâncias de origem, de maneira escoreita, excluíram da contagem da mora o período em que o processo criminal permaneceu suspenso por determinação do Juízo:

"Do mesmo modo, é preciso observar que a suspensão do feito e a ausência de atos coativos contribuíram para a desproporção do valor da multa, avaliada, em fevereiro de 2019, em aproximadamente 50 milhões de reais.

Nesse contexto, ainda que a empresa tenha demonstrado desídia no atendimento da ordem, julgo necessária a readequação do valor da multa, a fim de guardar proporcionalidade com a falta cometida, observando o quanto antes relatado.

Desse modo, **fixo o início da mora da empresa em 23/05/2016**, primeiro dia útil após vencimento do prazo da primeira intimação aplicando multa (evento 23, PRECATÓRIA1) **até 30/08/2016** (data da suspensão do processo), retomando **em 19/02/2019 (evento 65) até o cumprimento da ordem, em 22/04/2019** (evento 85).

(Grifou-se).

Nestes termos, não se verifica desproporcionalidade no montante fixado.

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 62.452 - PR
(2019/0360067-0)**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

F. S. O. DO B. S.A. interpõe recurso mandado de segurança contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, que concedeu em parte a ordem lá impetrada, a fim de reduzir a multa imposta pelo Magistrado de primeiro grau para R\$ 20 mil/diários para o primeiro período de 15 dias. A partir daí, a cada 3 períodos de 15 dias - correspondente aos prazos de duração das quebras de sigilo -, a multa poderia ser majorada em 25%.

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

I. CONTEXTUALIZAÇÃO

Depreende-se dos autos que em procedimento investigatório deflagrado para apuração da prática do crime previsto o art. 241-A da Lei n. 8.069/1990, foi determinado a quebra de sigilo de dados de usuário do aplicativo facebook, através do site Orkut. Intimado por diversas vezes, o recorrente se recusou a cumprir a ordem judicial, o que redundou na fixação de multa diária de R\$ 50.000,00, posteriormente majorada para R\$ 100.000,00, por dia de descumprimento, que seria objeto de bloqueio judicial via Bacenjud.

Na origem, o recorrente questionou a legalidade da imposição de multa, sob o argumento de que violaria o princípio da legalidade, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, bem como o da proporcionalidade, uma vez que o valor arbitrado seria por demais elevado. A ordem foi concedida apenas para reduzir a multa imposta pelo Magistrado de primeiro grau para R\$ 20 mil/diários para o primeiro período de 15 dias. A partir daí, a cada 3 períodos de 15 dias - correspondente aos prazos de duração das quebras de sigilo -, a multa poderia ser majorada em 25%.

II. MÉRITO

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

O advento e o célere desenvolvimento de tecnologias digitais

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

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

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

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

A propósito, **Greg Nojein** denota, em relação ao Google, essa dificuldade: “Se as coisas estão ocupadas na Índia, eles podem mover os dados

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

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

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

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

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

Brasil, infelizmente, ainda não é signatário (SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 294)

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

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

Nos EUA, v. g., diversamente do que ocorre no Brasil, há uma gradação nas exigências processuais para obtenção de dados ou informações armazenadas em sistemas informáticos. Para aqueles mais sensíveis, além da autorização judicial (*warrant*), é necessário nível de prova muito alto, com a demonstração da causa provável (*probable cause*). Para dados sensíveis de nível intermediário, como informações de tráfego, basta a autorização do juiz, sem a necessidade do mesmo nível de prova; e, por último, para o acesso àqueles dados menos sensíveis, é desnecessária a autorização judicial (SALGADO, Daniel de Resende *et al* (org.). *Sistema de justiça criminal*. Brasília: ESMPU, 2018, p. 164 e ss.; ANTONIALLI, Dennis; ABREU, Jacqueline de Souza (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: Internetlab, 2018, p. 169-175).

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

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

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

empresas e a existência de jurisdições de outros países.

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

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

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

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

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

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

II. 2. Astreintes: delimitação conceitual

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

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

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

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

Outro aspecto que também merece ser destacado é que as astreintes não se vinculam à 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).

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

De partida, cabem algumas observações quanto à dificuldade de se 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).

II. 4. Critérios para fixação do valor da multa

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

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

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

esta que somente é possível avaliar diante do caso concreto.

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

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

A importância deve ser fixada, portanto, em quantia capaz de convencer o devedor de que o acatamento ao provimento judicial lhe é a saída mais favorável. Entretanto, ao mesmo tempo em que 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. 1.537.731/MA**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, DJe 29/8/2017).

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

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

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

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

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

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

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

No caso, observo que o valor arbitrado não se mostra desproporcional, já que fixado aquém dos limites estabelecidos por este Superior Tribunal. No caso, foram 161 dias de atraso. No primeiro período de 15 dias, a multa fixada pelo Tribunal de origem foi de 20 mil. A partir do 16º dia, ficou consignado que a cada três períodos de 15 dias, ou seja, a cada 45 dias, o valor deveria ser acrescido de 25%. Logo, no segundo período, que se iniciou no 61º dia de mora, o valor passou a ser R\$ 25 mil. Por fim, no terceiro período, R\$ 31,25 mil, e, no quarto período, R\$ 39,06 mil. Assim, a multa ficou em patamar abaixo do valor diário que esta Corte considera razoável.

Deveras, 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).

No 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.

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

Em alguns casos que aportam nesta Corte, o Magistrado de primeiro grau, ao impor a astreintes, determina que seja feito o bloqueio judicial dos valores, seja via Bacenjud (como na hipótese), seja por outro meio, bem como a 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 nem há processo. Daí decorre que não existe, na seara penal, a perspectiva de que a multa seja devida apenas no caso de o réu vir a ser condenado.

Assim sendo, **não existe motivo para condicionar-se a execução de seu valor à prolação de sentença.**

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

Conquanto, 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 ou por outros meios, 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.

II.6. Cumprimento da ordem e manutenção das astreintes

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

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

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

Logo, o cumprimento da determinação judicial *a posteriori*, embora até possa ensejar a diminuição do valor da multa, a depender do grau de recalcitrância da parte e das circunstâncias de fato do caso concreto, não tem o condão de suprimir a multa em si considerada. Do contrário, todos cumpririam as determinações quando bem entendessem, uma vez que a multa, quando cumprida a obrigação, seria desconstituída. Ou seja, as astreintes, se considerada sua desconstituição, em qualquer caso, pelo cumprimento, serviria, na verdade, como verdadeiro estímulo ao não cumprimento imediato das decisões judiciais.

III. DISPOSITIVO

Em razão do exposto, peço vênia ao relator para **dar parcial provimento ao recurso, a fim de determinar que o Juízo de primeiro grau se abstenha da prática de quaisquer atos que importem no bloqueio do valor consolidado da multa via Bacenjud.**



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.452 - PR (2019/0360067-0)

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0360067-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 62.452 / PR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50207882520154047000 50368193220194040000 50618808020154047000

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 24/06/2020

SEGREDO DE JUSTIÇA

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 : F S O DO B L
ADVOGADOS : ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO - SP182454
FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694
FABIANA SADEK DE OLYVEIRA - SP306249
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
LAIS GUIZELINI GIBERTONI - SP424558
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena de Multa

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

