

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.174 - RO (2019/0053948-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ROBERTO JARBAS MOURA DE SOUZA - RO001246
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
MARCELO HASHIMOTO - SP121516
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. WHATSAPP. LEGITIMIDADE DO FACEBOOK. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. ANTECIPAÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. INSTITUTO NÃO TIPICAMENTE PENAL. DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

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

Superior Tribunal de Justiça

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. A Corte Especial deste STJ reconheceu, no AgRg nos EAREsp 1.196.846/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 20/11/2019, a necessidade da antecipação das custas na interposição do recurso de embargos de divergência, ainda que em matéria criminal. Entendeu-se que o recurso não era instituto tipicamente penal. Assim como aqueles recursos, a ação de mandado de segurança não é tipicamente criminal. Por isso, legítima a exigência de antecipação das custas.

9. O parâmetro máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado por esta Corte em caso assemelhado, na QO-Inq n. 784/DF, não foi observado. Por isso, a insurgência recursal merece ser provida parcialmente para reduzir o montante da multa.

10. Recurso ordinário parcialmente provido, para reduzir o valor da multa diária para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limitada ao acúmulo máximo de

Superior Tribunal de Justiça

2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

ACÓRDÃO

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, dando parcial 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, a Terceira Seção, por maioria, deu parcial provimento ao recurso ordinário para reduzir o valor da multa diária para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limitada ao acúmulo máximo de 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos reais), 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 60.174 - RO (2019/0053948-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS : ROBERTO JARBAS MOURA DE SOUZA - RO001246

FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487

LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410

ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929

RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029

MARCELO HASHIMOTO - SP121516

ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569

VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO -
DF055097

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia assim ementado (fls. 233/235):

Mandado de Segurança. Facebook. Quebra de sigilo telemático. Processo criminal. Fornecimento de dados de usuários.

Impossibilidade técnica. Necessidade de dilação probatória.

Mandamus. Via estreita. Astreintes. Fixação. Possibilidade.

Proporcionalidade. Redução. Segurança parcialmente concedida.

1. Mandado de segurança que ataca decisão judicial de quebra de sigilo telemático da rede social/serviço de comunicação conhecido por Facebook, fundamentada na aplicação da Lei brasileira (art. 1.216 do CC e art. 21 do CPC) e na preponderância do interesse público diante da necessidade de defesa da incolumidade pública pela prevenção e repressão de atividades criminosas apuradas em inquérito policial.

2. O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (Hely Lopes Meirelles).

3. A alegação da empresa impetrante de absoluta impossibilidade técnica no sentido de atender à determinação judicial esbarra na necessidade de dilação probatória que não é possível na via do writ, uma vez não extreme de dúvidas e apta suficientemente para a concessão da segurança peiteada pela inexistência do direito líquido e certo, que por definição, é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

4. A alegação de violação do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência também não ensejam a concessão da segurança, uma vez que as próprias diretrizes referidas no art. 170 da CF/88, impõem a observância, pela empresa impetrante, da cláusula de incolumidade determinada a impedir a exposição da coletividade a

qualquer situação de dano.

5. Nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, daí que inexistente ofensa à livre iniciativa e livre concorrência em razão da prevalência de limitações à atividade empresarial decorrentes do exercício do poder de polícia por parte do Estado.

6. O princípio da livre iniciativa (art. 170 da CF/88) não significa liberdade absoluta, constituindo-se uma cláusula geral, cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo da Carta Magna. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social (STF - AC 1657 -MC).

7. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação. 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" (STJ - RMS 44.892/SP).

8. Segue-se, como corolário, que a imposição de astreintes à impetrante, empresa que explora o serviço de comunicação, 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 (STJ AgRg no Recurso em Mandado de Segurança 56.706 -RS).

9. Prevalência do interesse público representado pela necessidade de proteção da incolumidade pública que permite a fixação de astreintes em processos criminais contra provedor de serviços de troca de mensagens telemáticas quando há recusa na apresentação dos dados solicitados, cujo valor deve ser aplicado com razoabilidade.

10. Segurança parcialmente concedida apenas para reduzir as astreintes pela metade, em razão dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, que devem ser cotejados no sentido de se avaliar os meios empregados e os fins perseguidos.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 264-266).

Em suas razões recursais, afirma a defesa, em síntese, que: (i) a ordem judicial foi integralmente cumprida, porquanto fornecidos os dados requisitados acerca dos números telefônicos nela indicados; (ii) não há fundamento legal para se atribuir à recorrente a responsabilidade por questões relacionadas a aplicativo operado exclusivamente por pessoa jurídica distinta – *WhatsApp Inc.*; (iii) não há fundamento legal apto a justificar a aplicação da *astreinte*; (iv) a fixação da penalidade em questão oferece os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que o montante da multa é abusivo e foi fixado sem quaisquer fundamentos de fato ou de Direito.

Requer, assim, a reforma do julgado para que seja excluída ou, subsidiariamente, reduzida a multa aplicada, com base no limite previsto no art. 77, § 5º, do CPC.

Admitido o recurso (fl. 454), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso (fls. 464/472).

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.174 - RO (2019/0053948-3)

VOTO VENCIDO

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

Consta dos autos que o Juízo da 1ª Vara de Delitos de Tóxicos da Comarca de Porto Velho/RO, nos autos do inquérito policial n. 0002719-88.2018.8.22.0501, determinou a aplicação de multa diária por descumprimento da ordem judicial no importe de R\$ 300.000,00 limitada ao valor de R\$ 15.000.000,00.

Irresignada, a defesa impetrou mandado de segurança no Tribunal de origem, que foi, por maioria, parcialmente concedido, apenas para reduzir o valor da multa aplicada.

Destaco, para melhor deslinde da controvérsia, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão, que versa sobre a legalidade da imposição de multa na hipótese (fls. 237- 246):

2 Da Possibilidade de Imposição de Multa no Processo Penal

Em outra tese, o impetrante insurge-se contra a imposição de multa diária pelo descumprimento da decisão judicial no processo penal, todavia esta medida é perfeitamente aplicável a esta espécie de processo por força do art. 3º do CPP, o que autoriza a combinação de outras normas, até mesmo de processo civil, para dar efetividade ao comando processual penal, a exemplo daquelas que tinham previsão no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, e as contidas nos arts. 536 e 537 do CPC/2015.

Portanto, pode o Juiz, no decorrer de procedimento de matéria criminal determinar a terceiros, não integrantes da relação processual, o cumprimento de algumas medidas, tais como fornecimento de informações, estabelecendo-se, assim, uma relação de natureza processual civil. O art. 77, IV, do CPC/2015 diz que "são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação.

Este encargo que aqui possui a nomenclatura de "multa diária" é denominado também como astreintes e difere da multa por ato atentatório à dignidade da justiça ou contempt of court (art. 77, § 2º, do NCPC), que, embora também reprima o descumprimento de decisões judiciais, só se aplica às partes do processo. A esse respeito, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma do STJ sedimentaram 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", 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, Quinta Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 15/04/2016). No mesmo sentido têm-se o RMS 54.444/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 13/10/2017.

Destaco ainda que o CPC 2015, no art. 139, IV, 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".

3 Do Parâmetro Legal de Imposição da Multa

Nesse ponto, o impetrante afirma que a decisão judicial não indica qual o fundamento legal utilizado para determinar a imposição de multa pelo descumprimento e pede a aplicação do parâmetro previsto no art. 77, §2º, do CPC.

Quanto ao parâmetro legal para aplicação da multa, observa-se que o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) dispõe que:

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.

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.

Verifico ainda que a multa ora aplicada pelo Juízo de primeiro grau atendeu o disposto nos arts. 536 e 537 do CPC/2015, que é aplicável aos ritos do CPP, por força do art. 3º. Cito:

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

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e

coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

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

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

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

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

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

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

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

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

Nesse contexto, nota-se que há previsão legal para a imposição da multa na forma como realizada pelo Juízo de primeiro grau, não se exigindo prolixidade na decisão a indicar o fundamento jurídico de cada parágrafo, até mesmo porque, conforme prevê o art. 3º da LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece". Ademais, verifica-se que o impetrante foi cientificado desde o início da possibilidade de imposição de multa pelo descumprimento da ordem, podendo naquele ínterim exercer seu direito de defesa questionando essa alegada falha de fundamentação, todavia preferiu apresentar justificativas diversas

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 a interceptação telemática de contas do WhatsApp Inc./Facebook.

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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, a decisão que ora se pretende desconstituir fixou 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. Portanto, 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 (contrario 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 natureza de pena, somente podendo ser imposta na seara penal mediante prévia cominação legal, pois vedado em nosso ordenamento o uso da analogia *in malam partem*. Nesse sentido:

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

Superior Tribunal de Justiça

MALAM PARTEM.

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso em mandado de segurança a fim de deconstituir a decisão de primeiro grau que determinou ao recorrente a aplicação de multa por descumprimento de determinação judicial, ficando, por conseguinte, prejudicada a análise

das demais teses arguidas.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2019/0053948-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 60.174 / RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027198820188220501 00038392020188220000 27198820188220501
38392020188220000

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 11/03/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ROBERTO JARBAS MOURA DE SOUZA - RO001246
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
MARCELO HASHIMOTO - SP121516
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL

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

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso para desconstituir a decisão de primeiro grau que determinou ao recorrente a aplicação de 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.

Superior Tribunal de Justiça

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



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.174 - RO (2019/0053948-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ROBERTO JARBAS MOURA DE SOUZA - RO001246
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
MARCELO HASHIMOTO - SP121516
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. WHATSAPP. LEGITIMIDADE DO FACEBOOK. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. ANTECIPAÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. INSTITUTO NÃO TÍPICAMENTE PENAL. DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

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. A Corte Especial deste STJ reconheceu, no AgRg nos EAREsp 1.196.846/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 20/11/2019, a necessidade da antecipação das custas na interposição do recurso de embargos de divergência, ainda que em matéria criminal. Entendeu-se que o recurso não era instituto tipicamente penal. Assim como aqueles recursos, a ação de mandado de segurança não é tipicamente criminal. Por isso, legítima a exigência de antecipação das custas.

9. O parâmetro máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado por esta Corte em caso assemelhado, na QO-Inq n. 784/DF, não foi observado. Por isso, a insurgência recursal merece ser provida parcialmente para reduzir o montante da multa.

10. Recurso ordinário parcialmente provido, para reduzir o valor da multa diária para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limitada ao acúmulo máximo de 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto pelo **FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.** contra acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia, que concedeu parcialmente a segurança para, aplicando o voto médio, reduzir de metade o valor da multa diária e também o *quantum* máximo acumulável.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

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

Preliminarmente, o recorrente afirma a violação do direito de acesso ao Poder Judiciário, decorrente da ilegalidade na imposição de recolhimento de custas cíveis tendo em vista a competência da Câmara Criminal para apreciação do mandado de segurança.

No mérito, trata-se da possibilidade ou não da aplicação da medida coercitiva denominada pela doutrina de *astreintes* a terceiros, no curso do processo penal.

Como relatado pelo em. Ministro Néfi Cordeiro, a parte recorrente traz os seguintes fundamentos

"(i) a ordem judicial foi integralmente cumprida, porquanto fornecidos os dados requisitados acerca dos números telefônicos nela indicados; (ii) não há fundamento legal para se atribuir à recorrente a responsabilidade por questões relacionadas a aplicativo operado exclusivamente por pessoa jurídica distinta – *WhatsApp Inc.*; (iii) não há fundamento legal apto a justificar a aplicação da *astreinte*; (iv) a fixação da penalidade em questão fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que o montante da multa é abusivo e foi fixado sem quaisquer fundamentos de fato ou de Direito."

Com base nisso, requer a revogação da multa aplicada, ante o cumprimento da determinação judicial no que tange aos dados do *Instagram* e os esclarecimentos sobre a ausência de ingerência sobre o aplicativo *Whatsapp*.

Subsidiariamente, solicita-se a redução da multa, com base no limite previsto no art. 77, § 5º, do CPC, ou seja, 10 salários mínimos. Ou, se assim não for, a diminuição do valor da multa-diária.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do recurso.

Por se tratar de questão com repetição de processos, o em. Min. Relator, Néfi 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 art. 3º do Código de Processo Penal.

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

É o relatório.

Decido.

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

relatoria do em. Min. Edson Fachin).

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

Feitos esses esclarecimentos, passo à análise deste recurso.

1. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC

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

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

A partir dessa norma, é possível concluir haver

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Agravo regimental improvido."

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

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

Como cediço, a lei processual penal não tratou, detalhadamente, de todos os

poderes conferidos ao julgador no exercício da jurisdição. Portanto, quando houver omissão, legitima-se a aplicação subsidiária do CPC.

2. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA

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

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

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

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

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

"a tutela que confere ao titular do direito o mesmo bem que ele teria se não houvesse a transgressão, e 'genérica' a que propiciaria o equivalente pecuniário. [...] 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: Juspodvím, 2016, pp. 968-969).

Superior Tribunal de Justiça

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

Além disso,

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

...

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

da publicação do acórdão recorrido.

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

...

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

...

Com a Lei 12. 403/2011 foram introduzidas no CPP diversas medidas cautelares pessoais que antes eram impostas com base no poder geral de

cautela (...). Após a inovação legislativa, há quem sustente que o legislador teria sido taxativo em tal rol, não se podendo cogitar de outras medidas cautelares pessoais. Equivoca-se tal entendimento (...) por desconsiderar até mesmo as razões da inovação legislativa, não sendo razoável presumir que o legislador teria esgotado todas as hipóteses possíveis, numa espécie de retorno a uma postura positivista exegética, inimaginável nos dias atuais.

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

(Grifou-se).

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

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

...

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

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

3. Tal posicionamento encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que,

tratando-se de regressão cautelar, não é necessária a prévia ouvida do condenado ou instauração (prévia) de PAD, como determina o § 2º do art. 118 da Lei de Execução Penal, visto que esta exigência somente é obrigatória na regressão definitiva ao regime mais severo, sob pena de contrariar a finalidade da medida.

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

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

6. Habeas corpus não conhecido."

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

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

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

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

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

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

Reduzida a limitação para impedir o magistério no ensino fundamental.

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

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

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL NA CONDUÇÃO DE EMBARCAÇÃO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. MEDIDAS CAUTELARES. PROIBIÇÃO DE PILOTAR EMBARCAÇÃO E

COMPARECIMENTO MENSAL EM JUÍZO. NÃO ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ilustrando, podemos lembrara que a lei processual civil autoriza que o juiz indefira a produção de prova testemunhal, quando versar sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte” ou quando “só por

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

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

Confira-se ainda a lição do professor Mirabete:

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

10. Agravo regimental a que se nega provimento."

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

3. TERCEIRO ESTRANHO À RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL

PENAL

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

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

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

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

O inciso IV do art. 77 do CPC determina que é dever de todos quantos participam do processo - o que inclui os terceiros destinatários de ordens

judiciais - 'cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação'. A opção normativa é clara: quem quer que de algum modo intervenha no processo - o que inclui o processo de execução - deve submeter-se aos comandos judiciais, cumprindo-os, quando lhe forem dirigidos, ou não atrapalhando o seu cumprimento.

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

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

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

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

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

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

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

"Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados

personais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos

Superior Tribunal de Justiça

no art. 11; ou

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

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

(Grifou-se).

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

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

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

...

Art. 436. ...

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

[...]

4. Recurso especial provido."

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

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

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

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

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

(Grifou-se).

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

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, não há na lei ou no acordo definição quanto à natureza dessa

multa, que parece ter, de fato, característica sancionatória mista.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Grifou-se).

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

...

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

...

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

...

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

...

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

...

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

...

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

Há caso muito similar ao ora em análise em que a efetiva adoção de **providências de 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 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 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 CROSSPORTS 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 CROSSPORTS, capaz de receber a citação em nome da ré CROSSPORTS, 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

Superior Tribunal de Justiça

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.

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)."

(Grifou-se).

A corroborar as pertinentes considerações do em. Min. Felix Fischer, deve-se observar que, nas informações apresentadas pelo próprio Facebook Brasil ao em. Min. Relator Edson Fachin, na ADPF 403, informou-se que o aplicativo WhatsApp "foi criado e é controlado pela entidade WhatsApp Inc., pessoa jurídica estrangeira com personalidade jurídica própria, constituída e existente sob as leis dos Estados Unidos da América". Aqui, vale, mais uma vez

rememorar o parecer do Ministério Público Federal utilizado como razões de decidir no já citado RMS 56.706/RS:

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

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

(Grifou-se).

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

6. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Preliminarmente, deve-se destacar que a cobrança de custas e despesas judiciais, na seara penal, não se mostra incompatível com o direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da CF. Em julgado bastante similar ao presente caso, a Corte Especial reconheceu a necessidade de antecipação das custas na interposição do recurso de embargos de divergência, ainda que em matéria criminal. Note-se que, assim como no caso da ação de mandado de segurança, o recurso não é instituto tipicamente penal:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRÉVIO RECOLHIMENTO DE CUSTAS. EXIGIBILIDADE DE PREPARO. OBRIGATORIEDADE. RECURSO QUE NÃO ESTÁ PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL OU EM LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 7.º DA LEI 11.636/2007 E DO ARTIGO 806 DO CPP. MEIO IMPUGNATIVO MERAMENTE REGIMENTAL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. EFEITO EX NUNC. IMPOSSIBILIDADE DE ABRANGER SITUAÇÕES PASSADAS. IRRETROATIVIDADE DO BENEFÍCIO. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO RECURSAL. SÚMULA 158 DO STJ.

1. Agravo Regimental contra decisão da Presidência do STJ que intimou o agravante para o recolhimento de custas em Embargos de Divergência em matéria criminal.

2. Alegação do recorrente de que não é viável a cobrança antecipada de custas (preparo) em Ações Penais e de que faz jus ao benefício da gratuidade da justiça.

3. Afirmção de divergência entre o julgado nos EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.196.846/PR, Sexta Turma, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, com o que decidiu a Primeira Turma, nos EDcl no AgRg no Recurso Especial 862.581/SP.

Divergência que residiria no fato de que a Primeira Turma afirmou que os Embargos de Declaração podem rescindir o acórdão embargado (nas palavras do embargante), ao passo que a Sexta Turma teria concluído que os Embargos de Declaração não podem ser opostos com tal finalidade.

4. Os Embargos de Divergência, previstos no artigo 266 e seguintes do Regimento Interno do STJ, não se incluem na denominação "processo criminal" e tampouco são modalidade de recurso previsto na legislação processual penal. Não sendo espécie recursal catalogada no Código de Processo Penal ou em legislação processual penal especial, mas mero meio geral de impugnação interna, aos Embargos de Divergência não se aplica a isenção estipulada no artigo 7.º da Lei 11.636/2007 ou a inexigência de antecipação de custas de que trata o artigo 806 do CPP, sendo lícita a imposição de recolhimento antecipado da importância. Precedente: AgRg no EAg 1.011.463/SC, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Seção, DJe 1.º/10/2013; STJ, Corte Especial, AgRg nos EDv nos Embargos de Divergência em REsp 1.332.521/PR, de minha relatoria, DJe 18/6/2019.

(...)

11. Diante da ausência de pressuposto de admissibilidade dos Embargos de Divergência, voto por negar provimento ao Agravo Regimental e, desde logo, indeferir o recurso de Embargos de Divergência."

(AgRg nos EAREsp 1196846/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 04/12/2019. Grifou-se).

Assim, superada a preliminar, passa-se ao mérito.

Fixadas as premissas do cabimento da multa e da possibilidade de a empresa recorrente responder com o seu patrimônio por eventual descumprimento do Whatsapp *Inc.* (ítems 3 e 5 do presente voto), percebe-se que, ao se limitar a informar a ausência de ingerência sobre o aplicativo, o Facebook Brasil incorreu em mora, dando ensejo à incidência das *astreintes*. Por isso, não prospera a tese de cumprimento integral da determinação.

Passa-se ao exame do pleito subsidiário.

Em relação ao pedido de minoração do valor da multa aos patamares previstos no art. 77, §5º, do CPC, ou seja, *quantum* máximo equivalente a até 10 salários mínimos, deve-se frisar que o caso não trata de aplicação de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, mas sim de fixação de multa que 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 (confira-se, a propósito, os ítems 2 e 3 deste voto).

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

Superior Tribunal de Justiça

27/04/2020).

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

Inicialmente, a multa fora fixada em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) por dia de atraso, limitada a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). No Tribunal de Justiça, estes valores foram reduzidos pela metade, prevalecendo o voto médio (e-STJ, fls. 233-246). Assim, tem-se, hoje, os valores de 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) de multa por dia, limitando-se o montante global a 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais).

Não obstante a minoração, note-se que o valor da multa diária ainda ficou bastante acima do patamar considerado razoável por esta Corte superior.

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).

Assim, minoro a multa diária para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Mantida a mesma proporção do redutor, 1/3 (um terço), o valor global máximo passa de 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) para 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

Com essas considerações, **dou parcial provimento** ao recurso ordinário, para reduzir o valor da multa diária para R\$ R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limitada ao acúmulo máximo de 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.174 - RO
(2019/0053948-3)**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL S.A. interpõe recurso mandado de segurança contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**, que concedeu em parte a ordem lá impetrada, a fim de reduzir a multa imposta pelo Magistrado de primeiro grau para R\$ 150.000,00, por dia, com teto de R\$ 7.500.000,00, por descumprimento de ordem judicial.

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 de suposta organização criminosa voltada para o tráfico de drogas**, foi deferida a interceptação e quebra de sigilo dos registros de conexão e de acesso dos aplicativos WhatsApp e Instagram de alguns usuários (fls. 48-52). Ficou advertido, na oportunidade, que o descumprimento da ordem judicial implicaria multa diária no valor de R\$ 300.000,00 até o limite de R\$ 15.000.000,00, que seria objeto de bloqueio judicial.

Na origem, o recorrente questionou a legalidade da ameaça de 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\$ 150.000,00, por dia, com teto de R\$ 7.500.000,00**, por descumprimento de ordem judicial, o qual deveria ser objeto de bloqueio judicial.

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).

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

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

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

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

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

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

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

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

empresas e a existência de jurisdições de outros países.

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

Consoante acertada orientação jurisprudencial, “**o sistema de cooperação**, estabelecido em acordos internacionais bilaterais e plurilaterais, **não exclui**, evidentemente, **as relações que se estabelecem entre os órgãos judiciários**, 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 se mostra desproporcional, já que fixado em R\$ 150.000,00 por dia de descumprimento da determinação, com limite de R\$ 7.500.000,00. 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. Logo, eventual aplicação de multa ser reduzida para o valor praticado em casos semelhantes neste Superior Tribunal, isto é, **R\$ 50.000,00, com limite de R\$ 2.500.000,00**.

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, seja por outro meio, bem como a inscrição na dívida ativa. Embora na hipótese *sub examine* isso ainda não haja ocorrido, é relevante tecer algumas considerações sobre o tema e, com isso, assegurar ao recorrente que seja observado o devido processo legal.

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 Bacenjud 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 vênias ao relator para **dar parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir o valor arbitrado para R\$**

50.000,00 por dia de descumprimento, até o valor máximo de R\$ 2.500.000,00, bem como determinar que o Juízo de primeiro grau se abstenha da prática de quaisquer atos que importem no bloqueio do valor consolidado da multa.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.174 - RO (2019/0053948-3)

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: 2019/0053948-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 60.174 / RO

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027198820188220501 00038392020188220000 27198820188220501
38392020188220000

PAUTA: 11/03/2020

JULGADO: 24/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : ROBERTO JARBAS MOURA DE SOUZA - RO001246
FLAVIA CARDOSO CAMPOS GUTH - DF020487
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR - SP221410
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD - SP345929
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
MARCELO HASHIMOTO - SP121516
ISABELA CRISTIANA MENDES MARRA - DF057569
VICTOR ALESSANDRO GONSALVES DE MACÊDO - DF055097
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, dando parcial 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, a Terceira Seção, por maioria, deu parcial provimento ao recurso ordinário para reduzir o valor da multa diária para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limitada ao acúmulo máximo de 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos reais), nos

Superior Tribunal de Justiça

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 Rogério 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.

