

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Na forma do artigo 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração merecem trânsito nas restritas hipóteses em que a decisão esteja eivada de obscuridade, contradição ou omissão, sem olvidar da possibilidade de correção de erro material, fundada em construção pretoriana. Não se prestam os aclaratórios, destarte, à rediscussão dos fundamentos do julgado ou à sua modificação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Estando devidamente fundamentada a decisão, não se exige manifestação expressa acerca de todas as teses veiculadas pelas partes.

3. Não há falar em omissão ou nulidade decorrente da falta de indicação expressa de dispositivo legal que dê embasamento à responsabilização da recorrente, pois, tendo sido explicitada a tese jurídica que leva à conclusão adotada no julgado contrastado, a decisão está devidamente fundamentada. Precedentes desta Corte.

4. Não se constata omissão, obscuridade, contradição ou erro material no aresto proferido por esta Turma; todavia, acolhe-se parcialmente a irresignação a fim de integrar o julgado com a motivação expendida nesta ocasião.

5. Embargos de declaração parcialmente providos para agregar fundamentação ao acórdão, sem alteração no resultado do julgamento.

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

EMENTA

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

1. Em investigação para apurar a possível prática de crimes de pedofilia e estupro de vulnerável é lícita e adequada a obtenção de dados e informações armazenadas em provedor da internet, mesmo que estejam sob a guarda de sede da empresa no exterior.

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

3. No Brasil, os acordos, tratados ou convenções não repelem a aplicação do aparato regulador do Marco Civil da Internet; ao contrário, complementam-se, com a formação de um conjunto de instrumentos ou mecanismos jurídicos colocados à disposição do Estado para possibilitar ou facilitar a persecução penal relativa a crimes cometidos por meio da web, sobretudo diante da complexidade estrutural, da ubiquidade da internet e das escassas leis que regulam de maneira eficaz a matéria.

4. As astreintes são uma espécie de multa processual, empregadas com o objetivo de dar efetividade às ordens judiciais de cumprimento de uma obrigação, independentemente da ocorrência de dano. Embora prevista no CPC, a sua aplicação de modo paralelo, no curso

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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



VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. CONTEXTUALIZAÇÃO E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

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

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

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

II. MÉRITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por oportuno, assinalo que, entre os ajustes internacionais em matéria penal e processual penal existentes, sobressaem-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 natureza econômica da obrigação imposta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. 4. Critérios para fixação do valor da multa

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

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

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

esta que somente é possível avaliar diante do caso concreto.

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

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

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

A medida do arbitramento das *astreintes* é sempre o equilíbrio, a razoabilidade. A fixação de multa em valores ínfimos não tem o condão, por si, de intimidar o devedor a dar cumprimento à ordem judicial, em desprestígio do Poder Judiciário. Por outro lado, o estabelecimento de multa em valor exorbitante, em razão de sua própria intangibilidade e provável (e necessária) reforma pelas instâncias superiores, também não dão ensejo ao cumprimento voluntário da obrigação judicial. Em comum, a inocuidade do comando (**REsp n. 1.537731/MA**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, DJe 29/8/2017).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

II.6. Cumprimento da ordem e manutenção das astreintes

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

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

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

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

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

III. DISPOSITIVO

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

