

7. CONCLUSÕES

Em suma, a garantia constitucional do contraditório é fator de legitimação da atividade jurisdicional, por permitir que os destinatários do ato final de poder, no caso, a sentença, participem de sua elaboração, argumentando, provando e influenciando no convencimento judicial.

A garantia do contraditório não se aplica apenas na atividade probatória. Também as questões de direito devem ser debatidas em contraditório de partes, mesmo que se trate de matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz.

O art. 383 do Código de Processo Penal apenas permite que o juiz possa dar ao fato uma definição jurídica diversa. Não determina, porém, que possa fazê-lo diretamente, surpreendendo as partes.

O art. 10 do Código de Processo Civil, por tratar do conteúdo da garantia do contraditório, é aplicável, por analogia, ao processo penal, como permite o art. 3º do Código de Processo Civil, vez que o contraditório neste não pode ser menos intenso que naquele.

A conjunção do art. 383 do Código de Processo Penal com o art. 10 do Código de Processo Civil tem como resultado a possibilidade de o juiz dar aos fatos imputados uma definição jurídica diversa da que constar na denúncia ou queixa, mesmo que tal alteração não seja requerida pelo acusador, desde que, respeitado previamente o contraditório, instando as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de alteração da qualificação jurídica dos fatos.

los cuales, por ejemplo, la audiencia no fue aplazada para recibir ulterior argumentación o, alternativamente, los peticionarios no fueron requeridos para presentar observaciones escritas mientras la Corte de Apelaciones deliberaba. Por el contrario, del expediente del caso ante la Corte surge que los peticionarios no tuvieron oportunidad para preparar su defensa respecto de la nueva calificación, ya que fue sólo a través de la sentencia de la Corte de Apelaciones que conocieron del cambio de calificación de los hechos. Ciertamente, para ese momento fue demasiado tarde”.

CAPÍTULO 13

Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp¹

Eduardo Talamini²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. MEIOS PROCESSUAIS DE COERÇÃO; 3. A ATUAL RELEVÂNCIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS; 4. O PODER DO JUIZ PARA DETERMINAR MEDIDAS COERCITIVAS; 5. OS LIMITES DA MEDIDA COERCITIVA – A PROPORCIONALIDADE; 6. A RATIO DOS ENUNCIADOS DO STF SOBRE COBRANÇA ADMINISTRATIVA INDIRETA; 7. O CARÁTER PRAGMÁTICO DA MEDIDA COERCITIVA; 8. O BLOQUEIO COMO SANÇÃO PUNITIVA: INAPLICABILIDADE AO CASO; 9. DESPROPORÇÃO AXIOLÓGICA E EXORBITÂNCIA SUBJETIVA; 10. NADA DE TUDO OU NADA; 11. O CONTRADITÓRIO E A EFICÁCIA ULTRA PARTES; 12. A (IN)EFICIÊNCIA DA MEDIDA; 13. O QUE PODERIA TER SIDO FEITO; 13.1. COERÇÃO PATRIMONIAL: DA VIRTUALIDADE À CONCREÇÃO; 13.1.1. A LEGITIMIDADE DA CONSTRICÇÃO PATRIMONIAL IMEDIATA; 13.1.2. A COMPETÊNCIA PARA A CONSTRICÇÃO PATRIMONIAL IMEDIATA; 13.2. COMINAÇÃO DA MULTA À PESSOA DO ADMINISTRADOR DA EMPRESA; 13.3. A COERÇÃO MEDIANTE PROPAGANDA: A OPINIÃO PÚBLICA COMO ALIADA; 14. TERCEIROS REFÊNS; 15. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Em 16.12.15, passaram a circular na internet notícias de que o WhatsApp de todos os usuários brasileiros seria suspenso por 48 horas, a partir do dia seguinte, por ordem judicial. A notícia, que a muitos de início pareceu mero boato – daqueles que frequentemente circulam em redes sociais e em grupos de conversação em apps, como o próprio WhatsApp –, confirmou-se como verdadeira. Faltavam (e ainda faltam) detalhes, pois a ordem provinha de um processo que tramita em

1. Uma primeira versão deste artigo foi publicada, com o título “Medidas judiciais coercitivas e proporcionalidade: a propósito do bloqueio do WhatsApp”, em 17.12.15 (dia do próprio bloqueio), no *Informativo Eletrônico Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, n. 106 (<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=106&main=&site=&l=pt>), e no dia seguinte no informativo *Migalhas* (www.migalhas.com.br) e no site *Academia* (www.academia.edu). Nesse último, foi também constituída uma sessão de debates a respeito do artigo, de que participaram diversos professores e pesquisadores. Logo depois, e paralelamente, também no *Academia*, constituiu-se outra sessão, para discussão do artigo “O WhatsApp e os escudos humanos”, de Elton Venturi – declaradamente uma contraposição e resposta ao texto de minha autoria. O texto que segue é o resultado desses proveitosos debates. A primeira versão completa dele foi publicado no volume o da *Revista Brasileira da Advocacia* (jan./2016). Esta versão, além de ajustes formais, considera de modo mais direto e específico o CPC/2015, que ainda estava em seu período de *vacatio legis* por ocasião daquela publicação.

2. Livre-docente em direito processual – USP. Professor de processo civil, processo constitucional e arbitragem – UFPR Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília

segredo de justiça – e não sobraram ilações, essas, sim, pura boataria, de que se tratava de medida obtida pelas operadoras de telefonia, na disputa concorrencial que travam com o aplicativo.

Pouco antes da meia-noite, todas as operadoras de telefonia já haviam cumprido a ordem judicial de bloqueio, e o WhatsApp deixou de funcionar em todo o Brasil. Mais de cem milhões de usuários ficaram, a partir de então, sem poder utilizar essa via de comunicação.

O bloqueio decorreu de uma medida coercitiva ou de “execução indireta”. Trata-se de mecanismo destinado a pressionar psicologicamente o destinatário da ordem judicial, a fim de que ele mesmo a cumpra. Ameaça-se o devedor com medidas constritivas que o induzem a – voluntária, ainda que não espontaneamente – cumprir a determinação do juiz.

No caso, a providência foi ordenada em um processo penal em que três pessoas eram investigadas por tráfico de drogas. A despeito da cominação de multa, houve a recusa por parte do administrador do WhatsApp em fornecer ao juízo dados atinentes a conversas feitas por tal aplicativo.³ O juiz então renovou a ordem de apresentação, sob “pena” de bloqueio por 48 horas. Descumprida sua ordem, efetivou-se o bloqueio, como medida coercitiva.

A decisão do juiz de primeiro grau foi rapidamente suspensa pelo TJSP.⁴ Mas a circunstância de não ser a primeira vez (e certamente também não a última...) que providência de tal natureza é determinada e a repercussão concreta por ela gerada nas poucas horas em que vigorou justificam esse breve ensaio.⁵

2. MEIOS PROCESSUAIS DE COERÇÃO

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

3. A ordem e as intimações foram dirigidas ao Facebook do Brasil, reputado responsável pelo WhatsApp no território nacional (o WhatsApp pertence ao grupo Facebook). No presente texto, parte-se da premissa de que a decisão judicial estava correta em seu “mérito” (i.e., em determinar a quebra de sigilo e em dirigir tal ordem de quebra à empresa que tinha possibilidade de cumpri-la). O que aqui se pretende é discutir a questão da proporcionalidade da medida coercitiva. Se a decisão em si mesma estiver errada (porque cominada contra quem não a pode cumprir ou por qualquer outra razão), nenhuma medida sancionatória, em hipótese alguma, deverá ser aplicada – ficando prejudicado este debate.
4. TJSP, MS 2271462-77.2015.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Souza, decisão monocrática em 17.12.15.
5. A relevância e atualidade do tema é confirmada pelo fato de que, em 02.05.2016, houve nova determinação de bloqueio do WhatsApp – dessa vez pela Justiça Estadual do Sergipe, também em processo criminal, como sanção pelo não fornecimento de dados pela empresa que o opera. Como a anterior, tal decisão também foi cassada em segundo grau de jurisdição.

concepção clássica de processo, a atuação executiva deveria dar-se basicamente mediante meios sub-rogatórios.⁶ Quando não fosse viável a substituição da conduta do obrigado por providências judiciais, a execução específica era tida por “impossível” e restava a 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, a ponto de dispensar nesse brevíssimo texto qualquer consideração adicional: os exemplos são fartos e não é preciso buscá-los em repertórios jurisprudenciais. Basta ligar a televisão.

Enquadrar ou não os meios coercitivos (a “execução indireta”) no âmbito da execução propriamente dita depende da perspectiva que se adote. Carnelutti, em sucessivas obras, destacou o caráter híbrido dessas medidas, comparando-as com a “estrutura” e a “função” da “execução” (por sub-rogação, “restituição”) e da “pena” (“punição”, “penitência”). Sob o aspecto funcional, a “execução” é meio adotado a fim de que se atinja a situação a que o direito tende com o comando desobedecido; a “pena”, ao invés, emprega-se porque aquela situação não se verificou. A “execução”, em outros termos, visa à “satisfação” do direito violado; a “pena” impõe uma “aflição” em virtude da violação. Estruturalmente, a “execução” sacrifica o mesmo interesse (ou interesse equivalente ao) que se afetaria caso observado o comando; a “pena” golpeia um interesse diverso. A medida coercitiva constitui um terceiro gênero, entre a “pena” e a “execução”. Apresenta em comum com a “pena” sua estrutura, pois recai sobre bem do devedor diferente daquele que é objeto do dever violado. Já funcionalmente, identifica-se com a “execução”: tem finalidade “satisfativa”, antes que “aflictiva”.⁷

Essa explicação até mereceria reparos pontuais, pois mistura dois planos classificatórios, o dos comandos sancionatórios com o das medidas sancionatórias.⁸ Mas é correta na essência e muito útil para compreender o papel e os limites da medida de coerção.

6. Na célebre definição de Liebman, a “verdadeira execução” consistiria na efetivação da sanção independentemente da vontade do devedor (Processo de execução, atualiz. J. Munhoz de Mello, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, n. 1-3, p. 2-6).
7. O aqui exposto é a sistematização de noções que foram sendo ajustadas por Carnelutti em sucessivos escritos seus, especialmente, “Diritto e processo nella teoria delle obbligazione”, em *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua, Cedam, 1927, n. 5, p. 241-242; *Sistema*, I, n. 10, p. 22-24; *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, 1958, n. 23-27, p. 39-44. Antes, em *Il danno e il reato* (Pádua, Cedam, 1930, n. 10 e segs., p. 31 e segs.) e em *Lezioni di diritto processuale civile* (I e II, Pádua, Cedam, 1986, ed. fac-similar da de 1926, n. 28-30, p. 80-92), Carnelutti, ainda que sem examinar as medidas coercitivas, já havia tratado da diversidade de estrutura e função das diversas formas de sanção.
8. Veja-se o meu *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, cap. 5, p. 168 e seguintes.

3. A ATUAL RELEVÂNCIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS

No âmbito dos deveres de fazer e de não fazer, as medidas coercitivas são fundamentais. Em primeiro lugar, muitos desses deveres são infungíveis, no sentido de que não comportam sub-rogação, podendo apenas ser cumpridos pelo próprio obrigado (a rigor, os deveres de não fazer seriam sempre infungíveis – noção que é relativizada, ao menos quando o obrigado é uma pessoa jurídica ou outro ente coletivo, pela possibilidade de intervenção judicial na administração desse ente). Depois, mesmo quando há, em tese, a possibilidade de sub-rogação, as providências substitutivas de conduta tendem a ser onerosas e demoradas.

O progresso tecnológico e a globalização das relações sociais e econômicas conferem ainda maior relevância aos meios de coerção.⁹ Em muitas situações, o cumprimento da providência ordenada judicialmente envolve o domínio de tecnologia sofisticada. Ampliam-se, assim, os casos de infungibilidade no cumprimento do dever ou da extrema onerosidade no emprego da providência sub-rogatória. A isso se soma outro complicador. Não raras vezes, os efeitos a coibir ou resultados a atingir situam-se no território brasileiro. No entanto, as providências sub-rogatórias precisariam ser realizadas fora do Brasil. Em outras palavras: a tecnologia amplia a ocorrência de situações em que as condutas geram efeitos transnacionais. Coibir tais efeitos exige atuar fora dos limites do território nacional.

4. O PODER DO JUIZ PARA DETERMINAR MEDIDAS COERCITIVAS

Ao que tudo indica, esse foi o cenário com que se deparou o juiz penal do caso em discurso. Diante da dificuldade de agir diretamente sobre os bancos de dados do WhatsApp e de adotar medidas contra as pessoas de seus administradores, o juiz elegeu, como meio de coerção atípico, proibir o funcionamento do aplicativo no Brasil. Pareceu-lhe ser a medida eficaz que estava a seu alcance.

Ao juiz é conferido o poder geral para a adoção de medidas coercitivas. Vale dizer: providências atípicas podem ser adotadas. Ele não fica adstrito aos mecanismos expressamente previstos no ordenamento, como a multa processual. A enumeração de medidas constante do § 5.º do art. 461 do CPC/73, (que corresponde ao art. 536, § 1º, do CPC/15) não era exaustiva – o que se depreendia

da locução conjuntiva “tais como”, que a antecedia. No art. 536, § 1º, do CPC/15, a não-exaustividade é indicada pela expressão “entre outras”. Esse é o entendimento assente.¹⁰

O juiz, além disso, não fica vinculado às medidas que eventualmente o autor pleiteie (ainda que no caso, pelo que se tem notícia, a providência coercitiva tenha sido inclusive pleiteada pelo Ministério Público, autor da ação). As medidas em questão são adotáveis “de ofício ou a requerimento”, dizia o § 5º do art. 461 – e agora o repete o art. 536, caput, do CPC/15.

De resto, tem-se também reconhecido que a norma em questão é subsidiariamente aplicável ao processo penal (CPP, art. 3º). O juiz criminal pode aplicar a multa processual ou medidas coercitivas atípicas para obter o cumprimento de ordens judiciais dirigidas a terceiros, relativas à instrução da causa.¹¹

5. OS LIMITES DA MEDIDA COERCITIVA – A PROPORCIONALIDADE

Mas não se trata de poder ilimitado.

Primeiro, fica afastada a adoção de qualquer medida que o ordenamento vede. Por exemplo, não poderá ser usada a prisão civil, senão na restrita hipótese prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, para descumprimento de ordem judicial impositiva de dever de natureza alimentícia (art. 7º, 7 – STF, Súm. Vinculante 25).

Depois, mesmo no universo de medidas em tese admissíveis, terão de ser considerados os princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade, que norteiam toda a atuação estatal.¹² As providências adotadas devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário. O art. 805 do CPC/15 (que corresponde ao art. 620 do CPC/73) nada mais é do que expressão dessas diretrizes no processo executivo. Daí que a formulação contida nessa norma é por igual aplicável

10. Confirmam-se as várias decisões do STJ reunidas no CPC e legislação processual em vigor, de Theotonio Negão, J. R. Gouvêa, L. G. Bondioli e J. F. da Fonseca (46ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, nota 10 ao art. 461, p. 549). Vejam-se referências doutrinárias no meu já citado *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 10.2, p. 270.

11. STJ, Inq 784-QO, Corte Especial, v.m., rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.04.2013, DJe 28.08.13; STJ, MS 20.116, Corte Especial, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.09.2013, DJe 17.03.2014; TRF-4, MS 5030054-55.2013.404.0000/PR, 8ª T., v.u., rel. Des. João Gebran Neto, j. 26.02.2014, DJe 11.03.2014; MS 5029951-48.2013.404.0000/RS, 8ª T., v.u., rel. Des. J. Gebran Neto, j. 26.02.2014, DJe 11.03.2014.

12. Para uma exame mais amplo sobre a incidência de tais princípios na tutela dos deveres de fazer, não fazer e entrega de coisa, remeto ao que escrevi no cap. 16 do já referido *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer* (p. 376 e seguintes).

9. Um dos reflexos dessa globalização, no plano jurídico, é a relativa diluição da soberania estatal, com o estabelecimento de ordens jurídicas supranacionais regionais e globais. Esse fenômeno talvez possa transmitir a impressão de enfraquecimento dos judiciários nacionais. O caso em exame é um bom exemplo. Mas, sob certo aspecto, tal novo cenário confere um papel essencial aos órgãos e agentes jurisdicionais nacionais, transnacionais e globais. Cabe-lhes, muito mais do que aos agentes políticos nacionais, coordenar os múltiplos ordenamentos internos, regionais e globais, harmonizando-os. É o que procura demonstrar Sabino Cassese, em *I tribunali di Babele*, Roma, Dozzelli, 2009, *passim*.

às demais modalidades de processo – não propriamente “por analogia”, mas pela direta incidência daqueles princípios. Aliás, no CPC/15, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade são reafirmados em suas normas gerais (art. 8º).

A eleição concreta das medidas coercitivas atípicas, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tende a ser tarefa delicada. É da essência do instrumento coercitivo certa *desproporção* entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Daí a extrema dificuldade de estabelecer limites de sua legitimidade, sem destruir-lhe a essência: a medida coercitiva deve configurar efetiva *ameaça* ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir, e, simultaneamente, não afrontar os princípios acima mencionados.

6. A RATIO DOS ENUNCIADOS DO STF SOBRE COBRANÇA ADMINISTRATIVA INDIRETA

O Supremo Tribunal Federal, em diferentes oportunidades, firmou jurisprudência reputando inconstitucionais determinadas medidas administrativas de cobrança indireta, no campo fiscal.

A apreciação das hipóteses consideradas ilegítimas pelo Supremo auxilia na resolução do problema. Tratava-se de providências destinadas a impedir a atividade empresarial ou profissional de contribuinte em débito, enquanto não fosse pago o tributo. A censura do STF a tais medidas acabou retratada em três enunciados de súmula de jurisprudência dominante: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súm. 70). “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Súm. 323). “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (Súm. 547).

O mais evidente defeito de tais expedientes estava na sua incompatibilidade com o fim visado: estabelecer-se-ia situação em que, impedido de operar, o profissional ou empresa afastar-se-ia ainda mais de qualquer possibilidade de composição da dívida. Ofender-se-ia a máxima da *adequação* (ou da *finalidade*), que é desdobramento da proporcionalidade.

E havia também outro vício, ainda mais grave. O cunho patrimonial do direito tutelado pela medida indireta de cobrança – ainda que qualificado pelo interesse geral arrecadatário e amparado no princípio da solidariedade – não

justificaria a restrição total ao exercício da profissão ou empresa. Mais do que mera desproporção quantitativa (sempre e justificadamente presente nas medidas de coerção), existiria grave desequilíbrio qualitativo: o valor jurídico visado pela medida coercitiva teria menor relevância, na ordem constitucional, do que aqueles afrontados.

De mais a mais, seria gravemente atingida a esfera jurídica de terceiros: com a paralisação das atividades da empresa, seus empregados, fornecedores e outros parceiros seriam prejudicados.

Daí é possível extrair diretrizes para o emprego de medidas coercitivas atípicas, algumas das quais aplicáveis ao caso em exame.

7. O CARÁTER PRAGMÁTICO DA MEDIDA COERCITIVA

Em primeiro lugar, o meio de coerção não pode inviabilizar o cumprimento da ordem em função da qual ele foi adotado. Não é providência que se destine a *penalizar* o destinatário da ordem: o sacrifício que se lhe impõe não é castigo nem visa à sua educação; está instrumentalmente vinculado à perspectiva de cumprimento. Use-se como exemplo hipótese similar à condenada pelo Supremo: contra o construtor inadimplente na obrigação de finalizar uma obra, jamais se poderia adotar a suspensão de sua licença para atuar.

No caso em exame, a medida adotada não inviabilizaria, em si mesma, o cumprimento da ordem: o bloqueio do WhatsApp não impediria seus administradores de fornecer os dados requisitados pela Justiça. Então, sob esse específico aspecto, a providência não poderia ser censurada.

Mas, ainda assim, esse primeiro aspecto extraível dos precedentes do STF é útil ao exame do caso. A medida de coerção é mecanismo essencialmente pragmático. Ela não é isenta de aferição do ponto de vista axiológico. Bem o contrário, a ponderação dos valores envolvidos é essencial para sua legitimidade – como já se adiantou e se volta a destacar adiante. Mas, como sua 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. Basta ver que, por mais grave, lesiva e repugnante à ordem jurídica que seja a violação havida, se ela já se consumou e não pode ser repetida nem desfeita, não cabe nenhuma medida coercitiva – e não há nisso nenhuma aprovação do ilícito praticado, mas a constatação da desnecessidade e inocuidade da coerção. De nada adianta coagir o sujeito para que ele não faça aquilo que ele já acabou de fazer, que não vai repetir e não pode desfazer. Nessa hipótese, deverão incidir apenas sanções punitivas e

ressarcitórias.¹³ Então, quando ainda possível o cumprimento específico da ordem judicial, a medida coercitiva deve ser definida tendo em vista sua razão de ser: induzir ao cumprimento. Não se trata propriamente de abstrair da questão a gravidade da conduta do devedor – pois esse é um dos aspectos a sopesar – mas de se compreender que esse não é o foco principal da coerção.

No caso do WhatsApp, a maioria, se não a totalidade, dos discursos favoráveis à providência adotada fundou-se na gravidade do comportamento do grupo Facebook: a deslealdade de sua conduta, ao criar artifícios para subtrair-se à jurisdição nacional; a hipocrisia do discurso de preservação do sigilo de dados de seus usuários, em flagrante contradição com a dócil submissão a políticas invasivas ou limitadoras em outros países; o embaraço criado à investigação de um crime que o ordenamento qualifica como “hediondo” – e assim por diante.¹⁴

Todavia, nada disso justifica uma resposta severa, “exemplar”, como medida de coerção. Exige, isso sim, uma resposta eficaz. E esse é um terreno em que severidade e eficácia não se identificam necessariamente. O tema é objeto de tópico próprio, adiante. A medida coercitiva é instrumento de afirmação da autoridade jurisdicional. E o é precisamente porque contribui para que a jurisdição tenha decisões eficazes em cada caso concreto. Não há dúvidas de que a censura expressada na sanção punitiva contra o desobediente também se presta a preservar a autoridade do Estado. Mas o faz para o futuro e num sentido geral. São planos distintos, por um lado, obter o cumprimento da própria decisão num dado caso concreto e, por outro, demonstrar ao desobediente e a toda sociedade que ele não pode agir assim e que, no futuro, quem repetir tal conduta será igualmente punido. E tal diversidade reflete-se em significativa diferença de regimes jurídicos, quanto ao devido processo legal, a tipicidade e anterioridade das sanções, a pessoalidade de sua incidência...

8. O BLOQUEIO COMO SANÇÃO PUNITIVA: INAPLICABILIDADE AO CASO

Cabe aqui abrir parênteses. No caso em discurso, não há como se legitimar o bloqueio do WhatsApp apresentando-o como propriamente punitivo, e não coercitivo. Mais de um motivo desautoriza essa construção.

13. Eventualmente, a execução do ressarcimento pode valer-se de medidas coercitivas (como aquela do art. 523, § 1º, do CPC/15 – que também estava presente no art. 475-J, caput, do CPC/73). Mas aqui já se trata de empregar a coerção para o cumprimento de outro dever, que não aquele original, cuja observância tornou-se impossível.

14. Boa amostra desses argumentos, expostos com maestria por qualificados interlocutores, é encontrada nas duas sessões de debates indicadas na nota 1, acima.

Existe a previsão da suspensão temporária e da própria interrupção definitiva do serviço de internet como penalidade pelo descumprimento de determinados deveres. O art. 12 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) prevê tais medidas punitivas nos seus incisos III e IV, respectivamente.

Mas, em primeiro lugar, é discutível que tais sanções tenham sido cominadas para a hipótese de descumprimento do dever de obedecer a ordem judicial de requisição de dados e comunicações de usuários. As sanções do art. 12 aplicam-se às “infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11”. Esses dois dispositivos, por sua vez, regulam essencialmente o direito de privacidade e intimidade dos usuários. Não há ali a direta previsão do dever de fornecimento de dados por ordem judicial. A apresentação dos dados mediante ordem judicial é apenas referida como exceção ao dever de sua guarda, ali previsto (“O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput...” – art. 10, § 1º). O dever de apresentação das informações por ordem judicial está previsto no art. 22, ao qual o art. 12 não se refere. O art. 11, é bem verdade, alude genericamente ao dever de “respeito à legislação brasileira”, no que se poderia pretender incluir a regra do próprio art. 22. Mas a valer essa tese, o bloqueio poderia ser aplicado, como penalidade, em qualquer caso de violação ao direito brasileiro. O despropósito do resultado recomenda cautela na adoção dessa exegese.

Seja como for, o bloqueio previsto como punição no art. 12 do Marco Legal da Internet apenas pode ser aplicado após o devido processo legal. Não é medida a ser adotada liminarmente, como a medida coercitiva, mas pena imposta ao final de um processo. Não é medida de incidência incidental, como a medida coercitiva, mas o objeto principal de um processo. Definitivamente, não foi o caso.

Não bastasse isso, o devido processo para a aplicação das sanções do art. 12 do Marco Legal depende de “decreto”, que “regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo” (art. 11, § 4º).

9. DESPROPORÇÃO AXIOLÓGICA E EXORBITÂNCIA SUBJETIVA

A segunda diretriz extraível dos precedentes do Supremo Tribunal é a de que a medida coercitiva não pode sacrificar bem jurídico substancialmente mais relevante, do ponto de vista axiológico, do que o bem protegido. Na maioria dos casos, seria desproporcional e desarrazoada a ameaça de fechamento de uma empresa (com todas as suas graves consequências sociais), caso ela não cumprisse ordem judicial de prestação de serviço contratualmente assumido dentro de determinado prazo. No entanto, semelhante expediente, tal como o lacre de maquinário, poderia tornar-se eventualmente justificável, se o interesse tutelado pela providência dissesse respeito ao meio ambiente ou à saúde pública. (Note-se que, nesse exemplo, a medida tende a assumir caráter dúplice – funcionando como instrumento de

coerção e também como providência sub-rogatória, quando servir, por exemplo, para sustar a continuidade do resultado danoso ao meio ambiente ou à saúde pública.) O combate à criminalidade ("hedionda") justificaria a supressão temporária do emprego do WhatsApp por todos os seus usuários brasileiros?

A esse ponto liga-se outro aspecto essencial, que é a terceira diretriz extraível dos precedentes do STF. Além do problema atinente à desproporção sob o aspecto qualitativo, põe-se a exorbitância subjetiva.

A liberdade de imprensa, por exemplo, não é apenas um direito do dono do jornal. Não é sequer exclusivamente um direito subjetivo do jornalista. Todos eles têm o direito de se valer intensamente dessa liberdade fundamental, a fim de se garantir a plena e ampla difusão de informações. Mas, em última análise, a liberdade de imprensa é um direito fundamental de cada sujeito, de cada cidadão: do leitor do jornal e daquele que não lê o jornal; do sujeito que assiste diariamente aos jornais televisivos e daquele outro que foge dos noticiários... Tem-se uma garantia institucional.¹⁵ Um direito fundamental objetivado e difuso.

Obviamente, o mesmo se dá com a liberdade dos meios de comunicação. O direito ao emprego dos mecanismos e tecnologias de comunicação não são uma propriedade exclusiva das empresas que os operam. Pertencem indistintamente a todos, sejam ou não usuários de cada um desses serviços (CF, arts. 5º, IX, e 220).

Como se vê, a questão nem sequer pode ser encarada a partir da (em si mesma já insatisfatória) fórmula do *interesse coletivo* (que supostamente estaria retratado na investigação criminal) *versus interesse individual* de cada usuário do WhatsApp. Mesmo se fosse isso, nada garantiria a prevalência do "coletivo": permaneceria a necessidade de ponderar os valores envolvidos. Mas está muito longe de ser isso.

Portanto, sob aspecto objetivo, impedir o WhatsApp de funcionar implica restringir uma *garantia institucional fundamental*. Sob o aspecto subjetivo, implica cercear gravemente a liberdade de comunicação de milhões de pessoas – cem milhões de usuários, ao que consta; mas a liberdade não só deles, como visto. São todos terceiros: alheios ao processo em que se determinou o bloqueio de funcionamento do WhatsApp e alheios ao litígio objeto daquele processo. Não têm como interferir diretamente para o cumprimento da ordem.¹⁶

15. Sobre a garantia institucional, v. Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 521-522 e 534-535; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 629-630 e 652-653; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, cap. 15, n. 5 e ss., p. 489 e ss.

16. A aplicação de uma sanção punitiva ou de tutela específica poderia conduzir à cessação de atividades ou fechamento de uma empresa dedicada a uma atividade relevante (prestadora de serviço público ou de outra fruição de interesse geral etc.). Mas mesmo nessas hipóteses o ordenamento adota cautelas para, sempre que possível, não interromper a prestação do serviço ou disponibilização daquela utilidade de

Não se pode subestimar o papel de aplicativos como o WhatsApp no atual contexto do intercâmbio de mensagens e informações. Aliás, por uma série de circunstâncias – algumas evidente, outras quase indecifráveis –, o WhatsApp tornou-se um dos mecanismos prioritários de comunicação de vasta parcela da sociedade brasileira, inclusive de extratos seus mais humildes. Pequenas empresas e profissionais autônomos – de manicures a bombeiros-encanadores, de professores particulares a trabalhadores domésticos diaristas – empregam-no intensamente em seu trabalho, na comunicação com seus clientes.¹⁷ As conversas em grupo servem tanto para banalidades e distrações quanto para reuniões virtuais em empresas, turmas acadêmicas e entre pais de alunos... Candidatos em concursos acompanham mudanças do edital e outras informações relevantes por páginas específicas em redes sociais e em grupos do WhatsApp.¹⁸ Até o serviço de emergência "190", em várias localidades, funciona também por WhatsApp –¹⁹ no que se segue tendência estrangeira.²⁰ Logo, não é possível qualificá-lo como um "mero aplicativo", passível de ser substituído por outros mecanismos. Bloqueá-lo implica, em termos práticos, uma restrição significativa à liberdade de comunicação. É irrelevante a qualificação jurídico-positiva que ele receba ou mesmo a falta dessa atenção formal. Quando muito, isso pode indicar a necessidade de uma regulação que considere tal nova realidade (p. ex., hoje, os aplicativos

interesse geral. Há regras próprias para a liquidação de tais empresas; a penhora de bens é também regrada especialmente – e assim por diante. Se assim o é relativamente a sanções finais tipificadas, isso, no mínimo, é uma razoável indicação de que uma medida coercitiva atípica, incidental e fundada em cognição sumária, em princípio, não deveria ter por objeto a total cessação de uma dessas atividades. Assim, também não seria razoável, como medida coercitiva, interromper a atuação de uma operadora de telefonia ou de uma empresa de transporte rodoviário ou aéreo de passageiros; o funcionamento de um canal de televisão, a circulação de um jornal etc..

17. "Uma pesquisa inédita do Sebrae mostra que quatro em cada dez donos de e-commerce de pequeno porte do país, aqueles que faturam até R\$ 3,6 milhões por ano, usam o WhatsApp para atender o cliente. Em um ano, o percentual dobrou, o que mostra a enorme popularização da prática. (...) A pesquisa que mostrou o crescimento do aplicativo como canal de atendimento também evidenciou a redução do uso do telefone, que caiu de 64% para 55%. (...) Os dados revelam ainda que, quanto menor o porte da empresa, maior a utilização do aplicativo de mensagem instantânea. Entre os microempreendedores individuais (MEI), por exemplo, quase metade usa a ferramenta para se comunicar com os clientes, percentual que cai para 41% nas microempresas e 26% nas empresas de pequeno porte. Nas médias e grandes empresas, apenas 17% usam o aplicativo para se relacionar com os clientes." (*Pequenas Empresas & Grandes Negócios*, 05.11.15, <http://revista.pegp.globo.com/Dia-a-dia/noticia/2015/11/empreendedores-usam-whatsapp-para-aumentar-vendas.html> - acessado em 16.01.16).

18. Cf. <http://classificados.folha.uol.com.br/empregos/2016/01/1730057-candidatos-a-concursos-publicos-usam-whatsapp-e-redes-sociais-para-se-preparar.shtml>.

19. Ver, p. ex.: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/09/pm-cria-grupo-de-whatsapp-em-ms-apos-problemas-tecnicos-com-o-190.html>; <http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/100000682168/Whatsapp-pode-ser-boa-alternativa-ao-servico-190.html> e <http://www.tecmundo.com.br/whatsapp/78949-policia-militar-usa-whatsapp-combater-crime.htm>.

20. Na Espanha, p. ex.: <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20130610/abci-whatsapp-line-emergencia-201306101235.html>.

estão alheios à atividade regulatória da Anatel). Mas não serve de pretexto ao menoscabo da liberdade de comunicação. Jamais se poderá dizer que um modo de expressão de um direito fundamental apenas poderá ser assim qualificado se houver uma expressa chancela de regras infraconstitucionais.

Uma comprovação da relevância que aplicativos como o WhatsApp e as redes sociais assumiram para o exercício da liberdade de comunicação – e da própria liberdade de expressão – é dada pelo fato de que regimes sem maior apreço pelos direitos fundamentais não hesitam em proibi-los, sobretudo em momentos de maior insurgência popular. Como amplamente noticiado, as redes sociais e apps de comunicação têm constituído o principal meio de convocação para as manifestações populares e de divulgação de suas dimensões, do modo como são reprimidas etc. Por isso, a teocracia iraniana proíbe o Facebook, o Twitter e o YouTube, entre outros, desde as manifestações populares de 2009. A proibição administrativa de emprego do WhatsApp, em 2014, sofreu um veto do relativamente moderado presidente Rasan Rohani.²¹ Mas voltou a ser determinada pelo Judiciário, juntamente com a de vários outros aplicativos, em janeiro de 2015.²² O mesmo se dá na China, em que aquelas três primeiras redes sociais, ao lado de muitos aplicativos, são inacessíveis, mas o WhatsApp tem funcionado. No entanto, por ocasião de protestos em Hong Kong, em 2014, foram bloqueados dois aplicativos de mensagens muito populares na Ásia, o KakaoTalk e o Line.²³ O regime venezuelano também já lançou mão do expediente, bloqueando aplicativos de mensagens e redes sociais, durante as manifestações populares do início de 2014.²⁴

10. NADA DE TUDO OU NADA

Não se conhecem os detalhes do caso criminal objeto do processo. No âmbito da ponderação de valores e da aplicação de princípios, não é possível dar respostas na base do “ou tudo ou nada”, na conhecida expressão de Dworkin.²⁵

Portanto, e em tese, não se poderia descartar uma situação limítrofe, absurdamente grave, em que a providência investigativa fosse de tal urgência e essencialidade que justificasse medida coercitiva drástica como a tomada. Mas isso se

21. Cf. <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/hassan-rohani-veta-proibicao-de-whatsapp-no-ira>.

22. Cf. <https://www.the-newshub.com/technology/iran-blocks-messaging-apps> e <https://pando.com/2015/01/08/irans-judiciary-orders-its-government-to-block-access-to-whatsapp-line-tango/>.

23. Cf. <http://adage.com/article/global-news/china-s-great-firewall-blocking-messaging-apps/294002/>.

24. Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1416821-governo-venezuelano-bloqueia-acesso-a-redes-sociais.shtml> e <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/02/twitter-acusa-governo-da-venezuela-de-bloquear-imagens-na-rede.html>.

25. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard, 1978, cap. 2, n. 3, p. 24.

cinge a situações limítrofes – e ainda assim restaria a dúvida quanto à eficiência prática de tal medida. Adotar o bloqueio de funcionamento como simples sanção pelo desrespeito à autoridade judiciária é desconsiderar todos os aspectos acima destacados.

11. O CONTRADITÓRIO E A EFICÁCIA ULTRA PARTES

Além de tais balizas relativas ao seu conteúdo (*substantive due process*), outra igualmente relevante para a legitimidade da medida coercitiva ou sub-rogatória põe-se no âmbito processual (*procedural due process*). Sempre que possível, o juiz ouvirá previamente as partes e, como é o caso, o terceiro contra quem a ordem e a medida de coerção são dirigidas – ainda que fixando prazo breve para tal manifestação. A observância do contraditório prévio à adoção das medidas atípicas só será afastada nos casos de extrema urgência. Enfim, há exigência de constante diálogo do juiz com as partes. Essa dimensão do art. 5º, LV, da CF é apenas explicitada pelos arts. 9º e 10 do CPC/15, que não têm, portanto, conteúdo inovador, sob esse aspecto.

Mas se a providência coercitiva é destinada a atingir indiscriminadamente terceiros, como no caso em análise, em que medida bastaria o contraditório entre os sujeitos que estão de algum modo participando do processo? 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. O instituto da audiência pública e a figura do *amicus curiae*, já amplamente acolhida no processo brasileiro e agora tipificada como modalidade geral de intervenção de terceiros no CPC/15 (art. 138), são as maiores demonstrações disso.

12. A (IN)EFICIÊNCIA DA MEDIDA

Some-se a isso a questão, não menos relevante, atinente à eficiência prática da medida. Eis um aspecto fundamental das medidas coercitivas, como já indicado: elas não são pena, não são castigo; precisam eficientemente funcionar como meio de pressão psicológica. A excessiva desproporcionalidade da medida cominada como meio de execução indireta tende a não ser eficaz, como meio de pressão sobre o destinatário da ordem, por pelo menos duas razões.

A primeira é de que a excessividade da medida pode atingir um “ponto sem volta”, a partir do qual talvez nada mais faça diferença para o sujeito que deveria estar sendo pressionado. O filme *Rosalie vai às compras*, de Percy Adlon, termina com uma frase que bem ilustra essa situação, dita pela protagonista, que dá o nome ao filme e é interpretada por Marianne Sägebretch: “Se você deve

cem mil dólares, você tem um problema; quando você deve um milhão, o problema é deles"... Esse primeiro aspecto, muito relevante na quantificação de multas processuais periódicas, talvez não se aplique, em si mesmo, ao caso em exame.

Mas há um segundo aspecto muito pertinente ao caso. A excessiva drasticidade e desproporção da medida podem desde logo incutir no destinatário da ordem a percepção de que ela não prevalecerá, não será mantida em grau de jurisdição superior. Ele então faz uma aposta – em alguns casos, como no ora em análise, razoavelmente segura – de que a medida coercitiva não será mantida, dada sua estrondosa desproporção.²⁶ Algo como um “quanto pior, melhor”. Uma vez formada essa convicção, o mecanismo de pressão cai por terra. O caso em discurso é uma razoável demonstração disso. A ameaça de bloqueio não serviu para pressionar o administrador do WhatsApp. Ele permaneceu não cumprindo o comando judicial – e apostou, corretamente, na revogação da medida, dada sua exorbitância qualitativa e subjetiva. Logo nas primeiras horas úteis de vigência do bloqueio, ele já estava cassado.

Enfim, uma medida coercitiva ineficaz e inútil.

13. O QUE PODERIA TER SIDO FEITO

A constatação de ilegitimidade e ineficácia da medida adotada não significa defesa nem aceitação da inefetividade das decisões judiciais. Não se trata de concluir que a ordem de exibição de informações pelo WhatsApp deva ficar sem cumprimento. Bem o contrário, trata-se de reconhecer que outras medidas, adequadas e eficientes, deveriam ter sido adotadas. A concreta suficiência e adequação das medidas coercitivas, até certo ponto, é uma questão relacional. Considera-se o leque de providências possíveis, em contraste umas com as outras, a fim de definir quais são as mais compatíveis com as circunstâncias do caso, à luz dos valores jurídicos envolvidos. Assim, não há como simplesmente se defender a legitimidade do bloqueio do WhatsApp, mesmo como medida extrema para situações-limite, sem antes se demonstrar que outras medidas, menos gravosas, seriam ineficientes ou padeceriam de ainda maiores vícios de legitimidade. A rejeição prévia e peremptória a todas as outras medidas de coerção e a simples defesa do bloqueio, em nome da preservação da autoridade estatal, assume ares axiomáticos.

26. Em breve nota sobre o bloqueio do WhatsApp, José Vicente Santos de Mendonça alude a “decisões judiciais insinceras” – pronunciamentos destinados à produção de um resultado impactante, um “ato expressivo”, ainda que fadados a não se executarem (“Quixotismo judiciário: o caso WhatsApp”, em *Jota*, 17.12.2015, disponível em <http://jota.info/quixotismo-judiciario-o-caso-whatsapp> - acesso em 18.12.2015).

Em breve artigo sobre o mesmo episódio aqui examinado, Jordão Violin constatou, com perspicácia, que o notável incremento de poderes executivos, com a possibilidade de determinação de medidas atípicas, implica não apenas maior responsabilidade judicial, mas também exige maior criatividade do juiz.²⁷

Considerem-se exemplificativamente algumas dessas medidas.

13.1. COERÇÃO PATRIMONIAL: DA VIRTUALIDADE À CONCREÇÃO

Ao cassar o bloqueio do WhatsApp, o TJSP observou que, diante da resistência do destinatário da ordem judicial, a multa antes cominada poderia ter sido ampliada, antes de se adotarem outras providências de coerção. Por outro lado, os defensores do bloqueio argumentam que a multa já havia atingido doze milhões de reais – e sua ampliação seria irrelevante em face da enorme dimensão patrimonial do grupo Facebook.²⁸

Sem prejuízo da possibilidade de elevação do valor da multa, há outra providência que poderia ser eficiente no caso. A multa foi apenas cominada. Incidia o crédito virtual, hipotético, de doze milhões de reais. Mas não havia sido adotada nenhuma providência concreta de constrição patrimonial. Medidas nesse sentido ampliariam a carga de pressão sobre o destinatário da ordem judicial. Transformariam a coerção hipotética em coerção real.

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 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 recurso contra a decisão que impôs a multa, como também em futura revisão retroativa do valor total atingido pela multa – o que, a rigor, é desautorizado pelo ordenamento, mas com frequência feito pelos tribunais, ainda que sob o rótulo da excepcionalidade.²⁹

27. “A derrubada do WhatsApp: autoritarismo judicial ou emaranhado de complexidades?”, em *Gazeta do Povo*, 17.12.15, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/a-derrubada-do-whatsapp-autoritarismo-judicial-ou-emaranhado-de-complexidades-8i7pr55yhsxkhp5ojrt-c7oe6u> - acessado em 17.12.15.

28. Mais uma vez, remete-se aos debates indicados na nota 1, acima.

29. Sobre os graves inconvenientes de tal postura, remeto ao que escrevi em *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., n. 9.6.2, p. 254, e em *Direito processual concretizado*, B. Horizonte, Fórum, 2010, cap. 2, n. V a VII, p. 80 a 96. O CPC/15 pretende definitivamente eliminar qualquer discussão quanto à possibilidade de redução da multa, ao estabelecer de modo expresso que a revisão aplica-se apenas à multa “vincenda” (art. 537, § 1º).

A efetiva adoção de medidas patrimoniais traz o “devedor” de volta a 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 de execução depois do trânsito em julgado nada ou muito pouco impressiona”.³⁰

Há caso muito similar ao ora em análise em que a efetiva adoção de providências de constrição patrimonial, em vez da simples cominação da multa, mostrou-se eficiente como medida de coerção. Em um dos processos da “operação Lava-Jato”, a Google brasileira recusou-se a fornecer informações relativas a conversas realizadas no serviço de correio eletrônico Gmail, usando basicamente o mesmo argumento que ora o Facebook brasileiro invoca no caso em análise (não seria a responsável pela administração e operação daquele serviço, mantido por outra empresa do grupo, no exterior etc.). 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 constitutivas para sua execução, com o bloqueio de aplicações financeiras da Google brasileira e a cominação da multa às pessoas dos administradores da empresa. Depois disso, cumpriu-se a ordem judicial de apresentação das informações requisitadas.³¹

As semelhanças entre os dois casos são marcantes: em ambos, tinha-se ordem de juiz penal para a quebra de sigilo de conversações por via eletrônica; em ambos, a simples cominação da multa não surtiu efeito; a Google brasileira alegava que não tinha como cumprir, como agora o faz o Facebook nacional; o grupo Google é economicamente enorme e de caráter multinacional, como o é o grupo Facebook – e assim por diante. Não há por que supor, de antemão, que a providência que deu certo naquele caso não funcionaria agora.

13.1.1. A legitimidade da constrição patrimonial imediata

Nem se diga que seria impossível, desde logo, a adoção de medidas de constrição patrimonial contra o Facebook. O argumento nesse sentido se fundaria em julgado do STJ, segundo o qual, só depois da confirmação em sentença da decisão interlocutória que cominou a multa, essa poderia ser cobrada – e desde que a apelação não tivesse efeito suspensivo.³²

30. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., n. 9.7, p. 259.

31. 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, autos nº 5048457-24.2013.404.7000/PR.

32. STJ, REsp 1.200.856, Corte Especial, v.u., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 01.07.2014, DJe 17.09.2014. Tal precedente foi invocado nos debates indicados na nota de rodapé 1, acima.

Em primeiro lugar, esse entendimento não parece correto. Não era essa a orientação antes estabelecida nos tribunais, inclusive no STJ.³³ Nesse sentido, o julgado referido, em vez de consolidar, pretendeu alterar a orientação antes estabelecida. Tampouco na doutrina prevalece a posição adotada pelo julgado em questão.³⁴ A lei autoriza a execução sempre que não pender recurso com efeito suspensivo contra a decisão que impôs a condenação (arts. 297, par. ún., e 520, CPC/15 – e, no CPC anterior, arts. 273, § 3º, e 587). Apenas nas ações coletivas a execução da multa fica condicionada ao trânsito em julgado (Lei 7.347/85, art. 12, § 2º). A decisão que condena ao pagamento da multa, na hipótese, é a interlocutória. Não é necessário sentença confirmativa da ordem urgente, para que ela produza efeitos. Ademais, quando há sentença confirmando a interlocutória concessiva de medida urgente, o efeito suspensivo da apelação não atinge, conforme o art. 1.012, V, do CPC/15 (como o era no CPC/73, art. 520, VII).

O julgado do STJ desconsidera tudo isso – e não encontrou, provavelmente por essa razão, maior ressonância nos graus de jurisdição inferiores. Aliás, daqui a dois meses entra em vigor o novo CPC, que expressamente desautoriza a solução adotada naquele julgado (art. 537, § 3º)³⁵ – e é assim que se tem um “precedente Inês de Castro” ou, na versão brasileira, “Roque Santeiro”: “aquele que foi sem nunca ter sido”.

De qualquer modo, o precedente do STJ jamais seria aplicável ao caso aqui em exame. No processo penal, quando o juiz comina a multa para a exibição de informações por terceiros, não haverá jamais subsequente sentença confirmatória dessa decisão. A sentença final versará unicamente sobre a pretensão acusatória.

Mas, mesmo se não coubesse propriamente o início da execução, caberia ainda cogitar de medida acautelatória da futura execução, com o bloqueio de valores. Os requisitos para tanto poderiam estar presentes (são relevantes os possíveis estratagemas utilizados pelo grupo Facebook para fugir das garras da justiça, apontados especialmente pelos que defenderam a legitimidade do bloqueio do WhatsApp). A providência cautelar até de ofício poderia ser

33. STJ, REsp 1.098.028, 1ª T., v.u., rel. Min. Luiz Fux, j. 09.02.2010, DJe 02.03.2010; STJ, REsp 1.094.296-AgRg, 4ª T., v.u., rel. Min. João Otávio Noronha, j. 03.03.2011, DJe 11.03.2011; Rcl 2.817, 1ª S., v.u., rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.12.2008, DJe 09.02.2009.

34. Cf. Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, 44ª ed., v. II, Rio de Janeiro, Forense, 2009, n. 639-e, p. 33-34; Joaquim Spadoni, *Ação inibitória*, São Paulo, RT, 2002, n. 7.3.1.2, p. 184 e 187; Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., n. 9.7, p. 257-259; Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, São Paulo, Ed. RT, 1998, n. 4.2.2, p. 213 – entre outros.

35. Tramita no Congresso Nacional o PL 2.384/15, que pretende alterar, entre outras disposições, o § 3º do art. 537. Todavia, a alteração não interferiria sobre a possibilidade de execução provisória.

adotada, no sistema que vigorava quando se promoveu o bloqueio aqui comentado (CPC/73, art. 797).

Por fim – e essa é a consideração mais importante – o bloqueio dos valores poderia constituir, ele mesmo, a medida coercitiva atípica, e não apenas início da execução da multa. Ou seja, os valores ficariam bloqueados até que houvesse cumprimento.

Tudo isso é muito drástico. Mas não atingiria o direito fundamental de milhões de terceiros. Estaria apenas no campo da restrição ao direito de propriedade do Facebook brasileiro. Não violaria uma garantia fundamental institucional e objetiva, como é a liberdade de comunicação. Se nenhum dos argumentos acima postos pudesse ser aceito, e se reputasse o bloqueio de valores uma medida ilegítima, com muito menos razão seria possível o próprio bloqueio do funcionamento do WhatsApp. Ou seja, poderia até haver dúvidas quanto à legitimidade da imediata constrição patrimonial como medida coercitiva, mas tais dúvidas jamais serviriam para legitimar o bloqueio do WhatsApp. Pelo contrário, se qualquer delas procedesse, constituiria apenas um fator adicional de ilegitimidade da interrupção do funcionamento do aplicativo.

13.1.2. A competência para a constrição patrimonial imediata

O outro possível obstáculo ao bloqueio de valores pelo juiz criminal seria sua possível falta de competência para a execução do crédito derivado da multa.³⁶ Para tanto, pretende-se invocar duas decisões do STJ em que, em *obiter dictum*, indicou-se que a execução da multa seguiria as regras do processo civil.³⁷

Primeiro, frise-se que nem mesmo em caráter de *obiter dictum* afirmou-se nesses julgados a competência do juiz civil para executar o crédito da multa, mas apenas a incidência das regras do CPC sobre cumprimento de sentença.

Depois, e ainda que a questão comporte discussão, 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 não tem caráter indenizatório (CPC/15, art. 500; CPC/73, art. 461, § 2º). Logo, a competência do juiz cível para a execução do ressarcimento dos danos resultantes do crime (CPC/15, art. 516, III; CPC/73, art. 575, IV) 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.

No entanto, e ainda que assim não fosse, a providência acautelatória da subsequente execução, acima cogitada, poderia ser adotada inclusive pelo juiz criminal, ainda que dependendo de subsequente confirmação pelo juiz da execução.

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.

Por fim, e tal como no ponto anterior, a conclusão em sentido oposto – i.e., de que o juiz penal não poderia bloquear os valores de um terceiro em relação ao processo penal, como medida coercitiva, porque isso não passaria no exame do devido processo – de modo algum serviria para atribuir legitimidade ao bloqueio do funcionamento do WhatsApp. Como, então, passaria pelo crivo do devido processo uma providência que atingiria a esfera jurídica de milhões de pessoas? Ou seja, a eventual conclusão quanto à impossibilidade do bloqueio de aplicações financeiras do Facebook brasileiro, considerando-se os motivos cogitados, não conferiria legitimidade ao bloqueio do WhatsApp. Apenas serviria para acrescentar a tal providência outros fatores de ilegitimidade, além daqueles antes indicados.

13.2. COMINAÇÃO DA MULTA À PESSOA DO ADMINISTRADOR DA EMPRESA

Cabe ainda considerar a possibilidade de a multa ser cominada diretamente contra a pessoa do administrador da empresa, até mesmo cumulativamente com sua incidência sobre a pessoa jurídica – a fim de a medida funcionar mais eficientemente como instrumento de pressão psicológica. A providência foi também adotada no caso envolvendo o Google, antes mencionado.

Em vista das peculiaridades da estrutura interna administrativa da pessoa jurídica, muitas vezes apenas a multa contra o próprio administrador atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento. Para tanto, há de se interpretar o art. 536, § 1º do CPC/15 (equivalente ao § 5º do art. 461 do CPC/73) como permitindo não apenas a adoção de medidas atípicas, mas também o direcionamento dessas medidas contra terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a consecução da tutela.³⁸ A reiteração da menção à multa no rol exemplificativo

36. Mais uma vez, remete-se aos debates mencionados na nota de rodapé 1.

37. STJ, REsp 1.455.000 e REsp 1435776, ambos julgados pela 6ª T., v.m., rel. p/ ac. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 19.03.2015, DJe 09.04.2015. Nos dois casos, a questão decidida em caráter principal concernia ao prazo aplicável para embargos declaratórios, se o previsto no CPP ou, como se concluiu por maioria, o do CPC.

38. Marcelo Lima Guerra, “Execução contra o Poder Público”, em *Revista de Processo*, v. 100, 2000, n. 9.2, p. 76-79; Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer...*, cit. n. 19.2.9, p. 449-450. No MS 70.088-5 (TJPR, rel. Des. Trotta Telles, fl. 803 e seguintes e 944 e seguintes), cominou-se multa diária diretamente contra o

de medidas atípicas que o juiz pode tomar, nesse § 1º, reforça essa possibilidade. Afinal, a multa como medida típica dirigida ao próprio ente destinatário original da ordem já está regulada no art. 537 do CPC/15 (idênticas considerações aplicavam-se ao art. 461, § 5º, do CPC/73, em contraste com seus §§ 4º e 6º).

No CPC/15, o ora exposto não é desautorizado pelo art. 77, § 8º ("O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar"). Tal disposição refere-se ao procurador judicial (advogado público ou privado, defensor público e mesmo até, em certas circunstâncias, o órgão do MP...), e não ao representante legal ou a qualquer outro agente que, na estrutura interna da pessoa jurídica (ou de outro ente coletivo), tem o poder fático e a competência jurídica para cumprir a ordem judicial. A regra em questão é razoável. Preserva a independência do procurador judicial. Funda-se precisamente na premissa de que o procurador judicial (seja ele de que carreira for) não detém o poder fático e jurídico nem o dever de cumprir a ordem judicial em lugar da parte que ele apenas representa no processo. A situação é diferente da do administrador da pessoa jurídica, que detém o poder para cumprimento do comando judicial.

13.3. A COERÇÃO MEDIANTE PROPAGANDA: A OPINIÃO PÚBLICA COMO ALIADA

Poderiam ser consideradas ainda outras providências atípicas, com amparo no art. 536, § 1º, do CPC/15 (art. 461, § 5º, CPC/73).

Há exemplo interessante no âmbito do processo coletivo ambiental. Em 2000, depois de um primeiro acidente ambiental causado no Paraná por grande companhia do setor energético, havia o risco de outro. Diante de denúncias desse risco, o Ministério Público Federal ajuizou ação coletiva para impor à empresa o dever de reparar os equipamentos e instalações que apresentavam risco. Não pediu multa como medida de coerção. Pleiteou que, se a companhia não cumprisse a decisão, fosse publicado, às expensas dela, anúncio de página inteira com fotos dos danos ecológicos causados pelo acidente anterior (pássaros e capivaras agonizantes cobertos de substância tóxica, peixes boiando mortos...), com dizeres tais quais: "A empresa XXX continua gerando o risco de que se repitam situações como essa". A empresa celebrou prontamente um termo de ajuste de conduta e o cumpriu integralmente.³⁹

Governador do Estado, que figurava como autoridade coatora – e a ordem judicial, que permanecia descumprida havia meses, foi observada em poucos dias.

39. A medida coercitiva de publicação na imprensa foi cogitada, há décadas, pela doutrina italiana, a partir de dispositivo legal concebido prioritariamente para outros fins (v., p. ex., Proto Pisani, "I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.", em *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, n. 14, p. 394-395). Na época,

No caso em exame, em vez de bloquear-se o WhatsApp, talvez se pudesse fazer a inclusão, em todas as timelines de todos os usuários brasileiros do Facebook (também são quase cem milhões), de um anúncio em termos como estes: "O grupo Facebook adota condutas que podem contribuir para o tráfico de drogas".

Nem se diga que a providência ora cogitada seria uma medida de "contra-propaganda" e, como tal, apenas poderia ser aplicada como sanção administrativa punitiva (tal como prevista no art. 56, XII, do CDC), a depender de prévio processo de apuração de responsabilidade. O fato de uma medida ser tipificada no ordenamento como penalidade para certos casos não impede sua adoção como providência coercitiva atípica (exceção feita à prisão, inaplicável, fora do âmbito dos deveres alimentares, por expressa determinação constitucional – como antes destacado). A multa é prevista em certas hipóteses como pena, e pode ser também medida coercitiva. A intervenção judicial em empresa, tipificada como sanção a ser aplicada após o devido processo em determinados casos, pode igualmente ser adotada como meio de coerção atípico. O mesmo se diga quanto à suspensão de atividades. E não há porque ser diferente com a contrapropaganda.

Assim se teria como aliada a opinião pública – a mesma que em grande medida se revoltou com o bloqueio do WhatsApp – contra o Facebook, para também desse modo o pressionar. Inverter-se-iam os termos da questão. No bloqueio do WhatsApp, houve a simples desconsideração da sociedade civil – ou quando muito a consideração de que ela deveria espartanamente suportar a privação do serviço para assim colaborar com o "bem comum", ou ainda, o que é pior: ela deveria ser usada como instrumento de pressão (ser coisificada, portanto), sofrendo a privação do WhatsApp e se voltando contra o aplicativo (responsabilizando seu mantenedor; trocando-o por outro etc.). Mas ao invés de se tratar a sociedade civil como um brinquedo, pode-se considerá-la um parceiro ativo, apostando-se na força e qualidade da opinião pública. A ideia de cooperação, hoje tão em voga no processo civil, atinge também esse âmbito. Não cabe mais um Judiciário condescendente, que "tutela" seus "jurisdicionados" e lhes impõe privações, para "o seu próprio bem" – como que se crianças fossem. Exige-se uma função jurisdicional que atue em conjunto com a sociedade e que a tenha e a seus membros como sujeitos na busca dos resultados pretendidos.

o ordenamento italiano não contemplava sequer previsão de multa periódica aplicável à generalidade dos casos. Tratava-se de um esforço interpretativo para se ter algum meio de coerção na Itália. No direito brasileiro, com base no art. 461, § 5, aponte a possibilidade da providência em "Tutelas 'mandamental e executiva lato sensu' e a antecipação ex vi do art. 461, §3º, do CPC", em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* (org. T. A. Alvim Wambier), São Paulo, RT, 1997, n. 3.8, p. 161; e *Tutela relativa aos deveres de fazer...*, cit., n. 10.1, p. 269.

Esse aspecto da questão comporta ainda outras considerações, no tópico seguinte.

14. TERCEIROS REFÊNS

No texto mencionado na nota de rodapé 1, Elton Venturi sustenta que o Facebook utilizou os usuários brasileiros do WhatsApp como “escudos humanos”. Escondeu-se atrás deles – fazendo com que fossem atingidos pela medida coercitiva determinada, que, por isso, foi cassada em sede recursal – e permaneceu descumprindo a ordem do juiz.

Não discordo da constatação de que os cem milhões de usuários foram usados como “escudos humanos”. Foi exatamente essa a minha linha de argumentação no n. 12, acima, quando apresento a segunda razão por que uma medida excessivamente desproporcional é ineficaz e observo que, para o descumpridor da ordem judicial, passa a valer uma espécie de “quanto pior, melhor”.⁴⁰

Mas o que é correto de se fazer, numa guerra de verdade, quando alguém está usando escudos humanos? Bombardear todo mundo e dizer: “danem-se os escudos humanos”? Ou encontrar modos de se atingir o alvo sem ferir os escudos humanos?

O Prof. Venturi não hesita em adotar a primeira solução. Uma vez atingidos os usuários do WhatsApp, esses se voltariam contra a empresa que opera o WhatsApp, responsabilizando-o objetivamente pela interrupção do serviço ou simplesmente abandonando o aplicativo. Assim se teria, em sua ótica, uma eficaz medida de pressão sobre o grupo responsável pelo WhatsApp – que só não teria funcionado por ter sido rapidamente cassada pelo TJSP.⁴¹

Com o devido respeito, essa formulação para legitimar o bloqueio do WhatsApp padece de pelo menos dois graves defeitos – um lógico e outro ético.

O administrador do WhatsApp talvez até pudesse responder objetivamente perante seus usuários.⁴² Mas, na medida em que a interrupção do serviço derivou de uma ordem estatal que é ilegítima precisamente por cercear de modo injustificado a liberdade de comunicação, o WhatsApp (ou qualquer fornecedor que fosse responsabilizado) teria inclusive o direito de regresso contra o próprio o Poder

40. Observação essa que eu já havia feito, em iguais termos, na parte final de meu texto anterior, que serviu de base ao presente (v. nota de rodapé 1).

41. “A decisão liminar no mandado de segurança deferido pelo TJSP foi que a tornou ineficaz e inútil.”

42. E aqui se está deixando de lado o óbvio aspecto prático de que os usuários provavelmente não demandariam o WhatsApp, mas sim suas operadoras de telefonia, valendo-se do direito, que lhes conferem as normas protetoras do consumidor, de investir contra qualquer um dos agentes da cadeia de fornecimento.

público... Ou ainda – como notou Miguel Teixeira de Sousa nos debates referidos na nota de rodapé 1 – qualquer usuário poderia diretamente investir contra o próprio Estado. Então, seria preciso abstrair da medida a sua ilegitimidade para assim... torná-la legítima. Isso é tautológico.

Por outro lado – e esse segundo ponto também foi enfatizado pelo Prof. Teixeira de Sousa –, não é dado ao Poder Judiciário determinar, como medida coercitiva, a prática de um mal ao usuário (um terceiro, alheio ao caso) apostando que o destinatário da ordem judicial, para evitar que o usuário sofra esse mal e o responsabilize (a ele destinatário da ordem), cumpra então a ordem. A valer essa ideia, o próprio Judiciário é que estaria assumindo condutas típicas de um sequestrador, gangster ou terrorista... Mais um pouco e, valendo essa ideia, o Judiciário cominaria como medida coercitiva ao dono do estacionamento de veículos: “se v. não cumprir a ordem, o oficial de justiça vai aí dar marretadas nos capôs de todos os veículos de seus clientes – e eles vão responsabilizá-lo objetivamente. Você vai deixar isso acontecer ou cumprirá a ordem?” Seria algo de dar inveja em Al Capone e no Estado Islâmico...⁴³

Em síntese, a valer esse expediente – de fazer mal a um terceiro para que ele responsabilize objetivamente o destinatário da ordem e, assim, esse se sinta pressionado –, quem passa a usar o terceiro como refém, tal como se dá no escudo humano, é o Estado-Jurisdição que adota tal medida.⁴⁴

43. Em resposta ao contido nesse parágrafo, Venturi afirma que o exemplo que dei não seria adequado como comparação com o caso WhatsApp. Sustenta que a comparação adequada seria a de uma medida coercitiva consistente na ordem de fechamento do estacionamento, a impedir que os clientes o utilizassem. Com a devida vênia, essa segunda comparação é que é imperfeita. No exemplo que Venturi pretende dar, a medida coercitiva limita apenas direito do destinatário da ordem (seu direito de propriedade e sua liberdade de empresa). Ao fazê-lo, impede-o de cumprir seu contrato (de prestador de serviços de estacionamento) junto aos clientes. Ou seja, os clientes são apenas atingidos reflexamente. Absolutamente não foi isso o que se teve no caso do bloqueio do WhatsApp. A medida cerceou diretamente direito de terceiros, a liberdade de comunicação (de resto, também uma garantia institucional, objetivada e difusa). Então, o exemplo “das marretadas” é o mais consentâneo: a medida atingindo diretamente o direito de propriedade do terceiro. Mas se fosse para apresentar outro exemplo adequado, aproveitando parte da formulação do exemplo de Venturi, seria o seguinte: o juiz manda fechar o estacionamento, com os veículos dos clientes lá dentro... Em suma, não se pode pôr tudo numa mesma vala comum, sob o argumento de que “sempre uma medida judicial atinge terceiros” – e assim se concluir que não há mal em o bloqueio atingir os usuários. Que, de algum modo, toda providência judicial pode repercutir sobre terceiros é até uma decorrência do entrelaçamento de relações jurídicas, sociais, econômicas... Mas são fenômenos substancialmente distintos: de um lado, a simples repercussão prática ou os efeitos jurídicos reflexos sobre terceiros; de outro, o direto atingimento de direito de terceiros. No caso em análise, o que se tem é a segunda hipótese.

44. Não me parece, sequer, que essa consideração tenha estado na base da decisão que determinou o bloqueio do WhatsApp. Ao que tudo indica, a decisão pretendeu apenas censurar exemplarmente o WhatsApp, por sua injustificável recalcitrância. Então, nesse ponto específico, a crítica ora formulada dirige-se às construções teóricas que se fizeram para justificar o bloqueio – e não à decisão do caso concreto.

15. CONCLUSÃO

A principal preocupação demonstrada por aqueles que reputaram legítimo o bloqueio do WhatsApp como medida coercitiva foi com a necessidade de afirmação da autoridade da jurisdição brasileira. Trata-se da constatação – correta, em si mesma – de que é inadmissível o desrespeito às decisões judiciais, e de que essa desobediência chega às raias do achincalho quando uma empresa que atua intensamente no Brasil vale-se de estratégias para tentar se fazer imune à jurisdição brasileira.

Desconheço indicações estatísticas do quanto se descumpre ordem judicial no Brasil, em comparação com outros países. Ignoro igualmente estudos que comparem o nível de desobediência às decisões judiciais com o das próprias normas legais ou das determinações administrativas – para saber se o Judiciário brasileiro é especialmente desconsiderado ou se o fenômeno põe-se no mesmo grau relativamente a todos os poderes instituídos. Mas compartilho da intuição de que aqui se descumpre muito – mais do que em vários outros lugares.

No entanto, não parece possível estabelecer uma vinculação imediata e exclusiva entre essa (intuída) menor observância das decisões judiciais e uma timidez ou deficiência dos mecanismos processuais civis de coerção. O sistema da *common law*, sem dúvida, possui mecanismos sancionatórios severos. Mas nos sistemas europeus continentais (ressalvados os ordenamentos de matriz germânica, em que a prisão pode ser usada em hipóteses restritas e como última alternativa), normalmente os mecanismos de coerção são muito mais limitados que os do processo civil brasileiro. Novamente invoco uma manifestação do Prof. Teixeira de Sousa, nos debates referidos na nota de rodapé 1, a respeito das medidas coercitivas atípicas no processo brasileiro: “nada de parecido poderia suceder na ordem jurídica portuguesa; quando muito, seria possível obter uma sanção pecuniária compulsória (*astreinte*)”. O mesmo pode ser dito de vários outros ordenamentos europeus. Na Itália, há pouco, a própria multa só se aplicava a casos excepcionais. Apenas recentemente sua incidência foi ampliada – e ainda assim, deixada em limites que lembram muito os vigentes no Brasil antes de 1995. Então, se as decisões judiciais no Brasil são desrespeitadas, a ineficiência dos meios de coerção (que não se confunde necessariamente, como procurei mostrar, com falta de severidade) pode ter sua parcela de culpa. Mas há muito mais fatores a considerar – e vão bem além do direito processual e até mesmo das instituições essencialmente jurídicas.

CAPÍTULO 14

A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC¹

Antonio do Passo Cabral²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. INCIDÊNCIA MÚLTIPLA E SISTEMAS DE INTERFERÊNCIA ENTRE AS JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL; 2. OBJETIVO DA FIXAÇÃO DO MÍNIMO INDENIZATÓRIO NA ESFERA CRIMINAL: CELERIDADE, ALTERAÇÃO DO PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO; 3. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO COMO PODER-DEVER DO JUIZ, CONDICIONADO À EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES; 4. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO. AMPLIAÇÃO LEGAL DA COGNIÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO OU À CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA; 5. A PROTEÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: VALOR MÍNIMO E RESTRIÇÃO DA COISA JULGADA; 6. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO; 7. INTERESSE RECURSAL NA APELAÇÃO; 8. FIXAÇÃO EM CAPÍTULO PRÓPRIO DA SENTENÇA. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR; 8.1. FIXAÇÃO NAS HIPÓTESES DE COAUTORIA. A DIFERENÇA DAS RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL; 8.2. CRIMES EM QUE O SUJEITO PASSIVO É O ESTADO. A EXECUÇÃO FISCAL E O CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA; 8.3. A QUESTÃO DOS DANOS MORAIS; 9. A QUESTÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA E A NOVA REGULAÇÃO DO CPC/2015; 10. CONCLUSÃO; 11. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO. INCIDÊNCIA MÚLTIPLA E SISTEMAS DE INTERFERÊNCIA ENTRE AS JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL

O fenômeno da incidência múltipla permite que um mesmo fato jurídico repercuta e tenha consequências jurídicas em diversas esferas: penal, civil, administrativa. Assim, quando praticado um crime, além da repressão através da pena, pode ser cabível sanção administrativa ou disciplinar, e também a reparação do dano patrimonial causado à vítima.³

1. Este texto corresponde a uma atualização, à luz do novo CPC e da jurisprudência que se firmou nos últimos anos, do artigo de minha autoria intitulado “O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art.387, IV do CPP”, publicado originalmente na Revista Forense, vol.105, 2009, p.33 ss.
2. Professor de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professor visitante na Universidade de Passau (Alemanha). Procurador da República no Rio de Janeiro. Ex-Juiz Federal e ex-Defensor Público/RJ.
3. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 26ª Ed., vol. II, 2004, p.2; BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p.36.

Nota dos Coordenadores

É com muita felicidade que apresentamos a presente coletânea, destinada a examinar os impactos do Código de Processo Civil de 2015 no processo penal.

O novo CPC trouxe ao processo brasileiro mudanças significativas e profundas, as quais, certamente, ainda renderão muitas páginas da doutrina especializada e muita reflexão de todos os profissionais do Direito.

Na miríade de mudanças que o novo CPC aportou ao processual civil brasileiro, podemos destacar, exemplificativamente, que o novel diploma positivou diversos princípios entre as normas fundamentais; alterou a compreensão sobre as fontes da norma processual, pois ampliou os negócios jurídicos processuais e instalou um sistema de precedentes vinculativos; implementou um regime de gestão do procedimento (*case management*) e do aproveitamento dos atos processuais; mudou o regime das estabilidades, criando novas hipóteses de preclusão e estabilização, além de alterar os limites objetivos da coisa julgada, que passou a atingir as questões prejudiciais alegadas incidentalmente; ampliou sobremaneira os incidentes para solução de casos repetitivos (recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas); criou novos procedimentos, como o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e a antecipação de prova sem *periculum in mora*; modificou profundamente o sistema recursal, com repercussões sobre a teoria geral dos recursos; aprimorou o regramento do impedimento e da suspeição do juiz; alterou as disposições sobre a tutela provisória (cautelar e satisfativa), a prova pericial e a escolha do perito, entre outras muitas novidades.

Algumas dessas inovações são abordadas na presente obra coletiva, em artigos produzidos por processualistas civis e penais de inúmeras escolas e instituições, agrupados na ordem em que surgem no Código.

A quantidade e a intensidade das mudanças legislativas já exigiriam bastante trabalho de todos os estudiosos do direito a respeito do CPC/2015 e seriam suficientes para indicar a relevância desta coletânea. Mas há outras razões para que especificamente os processualistas penais promovam um estudo mais atento sobre as disposições do novo processo civil.

A primeira delas – e a mais óbvia – decorre do art. 3º do CPP, que determina a aplicação subsidiária do CPC aos processos criminais. O CPC avançou em relação a este dispositivo, prevendo, em seu art. 15, sua aplicabilidade além das fronteiras do processo civil, tanto subsidiariamente como também de maneira supletiva. A regra não menciona expressamente o processo penal (o que, em nosso sentir,



Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
• E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robrio Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

P963 Processo Penal / coordenadores, Antonio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogério Schietti Cruz – Salvador: Juspodivm, 2016.
560 p. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.)

Vários autores
ISBN 978-85-442-1216-5

1. Direito Processual Penal. I. Cabral, Antonio do Passo. II. Pacelli, Eugênio. III. Cruz, Schietti Rogério. IV. Título.

CDD 341.43

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.