

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO DE EMPRESAS NORTE-AMERICANAS NO BRASIL

INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION AND ACCESS TO TELEMATICS CONFIDENTIALITY OF AMERICAN COMPANIES IN BRAZIL

*Fábio Ramazzini Bechara*¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

*Leonardo Pereira Machado*²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo

O artigo tem por objetivo a discussão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 perante o Supremo Tribunal Federal, em que se pretende tornar obrigatório e exclusivo o procedimento de assistência jurídica internacional em matéria penal, entre Brasil e Estados Unidos, regulado pelo acordo bilateral ratificado pelo Decreto 3.810/2001, para as hipóteses de quebra de sigilo telemático de empresas americanas com filiais no Brasil. Contrapõe-se ao argumento da localização e disponibilidade dos dados em solo americano, a sujeição das filiais brasileiras à regulação e à jurisdição nacional. A hipótese da pesquisa é que a ADC 51 engessa a assistência entre Brasil e Estados Unidos, para além do que prevê o próprio acordo bilateral, e vai na contramão dos esforços de simplificação e padronização de procedimentos em nível global.

Palavras-chaves

Cooperação jurídica internacional. Quebra de sigilo telemático. Limites da jurisdição. Acordo Bilateral em Matéria penal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF.

Abstract

The article aims to discuss the Declaratory Action of Constitutionality No. 51 before the Supreme Court, which intends to make the procedure of international legal assistance in criminal matters, between Brazil and the United States, regulated by the bilateral agreement ratified by the Decree 3810/2001, for the hypotheses of breach of telematic confidentiality of American companies with branches in Brazil. The

¹ Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito pela USP. Global Fellow no Woodrow Wilson International Center for Scholars. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Penal Econômico e Justiça Internacional da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça em São Paulo.

² Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Penal Econômico e Justiça Internacional da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

argument of the location and availability of data on American soil is opposed to the subjection of Brazilian branches to regulation and national jurisdiction. The research hypothesis is that ADC 51 stifles assistance between Brazil and the United States, beyond what the bilateral agreement itself provides, and goes against the efforts of simplification and standardization of procedures at a global level.

Keywords

International legal assistance. Breach of telematic secrecy. Boundaries of legal jurisdiction. Mutual legal assistance treaty in criminal matters. Declaratory Action of Constitutionality nº 51/DF.

1. INTRODUÇÃO

A produção de provas digitais ou *e-evidences* trouxe novos desafios para a cooperação jurídica internacional, principalmente pelo fato de que o seu armazenamento cada vez mais se desloca de ambientes física e territorialmente delimitados, para ambientes virtuais, cujos servidores estão espalhados ao redor do mundo, e, portanto, submetidos a uma infinidade de jurisdições.

Investigações e ações penais em curso sobre fatos complexos, como lavagem de dinheiro, corrupção, financiamento ao terrorismo, tráfico de armas, dentre outros, demandam métodos diferenciados, dentre os quais a quebra do sigilo das comunicações, compreendido o sigilo telemático. Os meios telemáticos de comunicação, como mensagens por meio de aplicativos, troca e compartilhamento de documentos, mensagens eletrônicas, deixaram de ser armazenados em equipamentos, e passaram a ser mantidos em ambientes virtuais ou simplesmente nuvem (*cloud*).

Do ponto de vista da técnica de investigação e produção de prova, a busca e apreensão cautelares de equipamentos possibilitava o acesso aos documentos e arquivos digitalmente armazenados. Contudo, tais equipamentos se transformaram em simples terminais, e as informações passaram a ser armazenadas em nuvem, cujo acesso pressupõe o afastamento do sigilo telemático.

Tanto a busca e apreensão quanto o sigilo telemático, por implicarem restrição à intimidade e à vida privada, gozam de proteção constitucional, e pressupõem, portanto, prévio controle jurisdicional. A decisão judicial é dirigida, na hipótese do afastamento do sigilo telemático, às empresas que fornecem o serviço de armazenamento dos dados cujo conteúdo se pretende acessar. Algumas dessas empresas são norte-

americanas, com representação no Brasil, e, quando demandadas, recusam-se a cumprir a decisão judicial sob o argumento de que não possuem o acesso ao conteúdo, que por sua vez encontra-se nos Estados Unidos.

Exatamente nesse sentido o presente artigo, que está inserido no contexto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal desde 2017, em que se busca impor ao Poder Judiciário Brasileiro a necessária observância ao Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os EUA³⁻⁴, quando houver a necessidade de decretar a quebra do sigilo telemático para obtenção de dados em poder de empresas norte-americanas, mesmo nos casos em que estas possuem representação em território nacional. A controvérsia em relação a essa questão, reside no fato de que a aplicação do acordo é subsidiária, e que a jurisdição brasileira é competente para decretar a quebra do sigilo telemático em relação às filiais brasileiras.

2. DA ADC 51/STF

A ação declaratória de constitucionalidade⁵⁻⁶ nº 51 foi

³ BRASIL. Decreto nº 3.810/2001, de 2 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁴ De acordo com o procedimento previsto neste acordo, o judiciário brasileiro deve solicitar aos EUA, via autoridade central, a quebra do sigilo telemático da empresa norte-americana. Deste modo, haverá uma análise do pedido segundo as leis norte-americanas para determinar se haverá ou não a quebra do sigilo.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 1701. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a ação declaratória de constitucionalidade nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado, todavia, com um objeto mais restrito.

ajuizada pela Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação (Federação Assespro)⁷ em 28 de novembro de 2017 perante o Supremo Tribunal Federal⁸, com o objetivo de reconhecer a constitucionalidade do Acordo de Assistência Mútua entre Brasil e EUA (MLAT) (ratificado pelo Decreto 3.810/2001), o qual, dentre outras medidas, regula o procedimento para a produção de provas no exterior.

A controvérsia judicial relevante que fundamentou a propositura da ação declaratória consiste justamente na aplicação do MLAT. Segundo a Federação Assespro, o judiciário brasileiro vem, ao longo dos últimos anos, desrespeitando as disposições do acordo e decretando unilateralmente a quebra do sigilo telemático às representantes das empresas norte-americanas situadas no Brasil, sob pena de multas e, em alguns casos, até mesmo a prisão dos dirigentes⁹. A Federação complementa que as filiais brasileiras não possuem acesso aos dados armazenados nos bancos de dados de suas sedes em território norte-

Por determinação expressa do texto constitucional, apenas a lei ou o ato normativo federal podem ter sua constitucionalidade aferida por este modelo de controle abstrato.

⁶ MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 845. Para Alexandre de Moraes, a principal finalidade desta ação, é afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, ou seja, busca preservar a ordem jurídica constitucional. Moraes também leciona que as decisões definitivas de mérito, independentemente da procedência ou não, proferidas pela Suprema Corte nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

⁷ A Federação Assespro defende os interesses das empresas nacionais de tecnologia e inovação. Além disso, é membro ativo de diversos conselhos e comitês, como o Comitê da Área de Tecnologia da Informação e o Comitê Gestor da Internet do Ministério de Ciência e Tecnologia. Hoje conta com a ligação de mais de 2000 empresas de software e serviços de tecnologia por intermédio de 13 regionais. Disponível em: <https://assespro.org.br/federacao-assespro/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF – Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁹ Polícia prende vice-presidente do Facebook na América Latina em SP. G1, São Paulo, 01 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/policia-prende-representante-do-facebook-na-america-do-sul-em-sp.html>. Acesso em: 17 jan. 2021.

americano, motivo pelo qual o procedimento correto a ser observado é o disposto no acordo bilateral, por meio da solicitação de cooperação jurídica internacional.

Na audiência pública que ocorreu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek afirmou que a constitucionalidade do Decreto nº 3.810/2001, ou seja, não há qualquer incerteza sobre sua conformidade com a Constituição Federal.¹⁰ Sergio Moro¹¹ argumentou no sentido de que o MLAT não comporta uma interpretação vinculante, da forma como pretendem os autores da ação.

O auxílio direto, procedimento regulado pelo MLAT, é uma das medidas de cooperação internacional para obtenção de provas que convive ao lado das cartas rogatórias no Brasil. Ambos os institutos se prestam aos mesmos fins e não há diferença substancial entre eles; apenas semelhanças tópicas no modo de execução e na extensão da cognição, restrita nas rogatórias e plena no auxílio direto¹².

Contudo, o que a doutrina e a lei sempre chamaram de auxílio direto, é na verdade um procedimento de *mutual legal assistance*, ou acordo de assistência mútua, fundada em tratados bilaterais ou multilaterais, forma esta que é executada sem a intermediação das chancelarias e diretamente transmitida pelas autoridades centrais.¹³ É um procedimento cuja finalidade é facilitar, desburocratizar e tornar mais eficiente a cooperação internacional, uma vez que aproxima e conecta diretamente os países através das autoridades centrais.

2. A COMUNICAÇÃO TELEMÁTICA E SUA QUEBRA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

¹¹ Ibid, p. 35.

¹² ARAS; Vladimir. **Direito probatório e cooperação jurídica internacional**. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; SALGADO, Daniel de Resende. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: Juspodivm, 3. ed. 2019, p. 443.

¹³ Ibid, p. 35.

A Lei nº 9.472/1997¹⁴, que trata da organização dos serviços de telecomunicações, da criação e funcionamento de um órgão regulador e de outros aspectos institucionais, dispõe sobre o conceito de telecomunicação, como a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

O sigilo desta telecomunicação é resguardado pela Constituição Federal de 1988¹⁵, em seu artigo 5º, inciso XII. Todavia, o mesmo dispositivo também prevê os casos em que a proteção constitucional pode ser afastada, o que é regulamentado pela Lei nº 9.296/1996¹⁶. A medida¹⁷ é de uma providência cautelar que constitui um meio de obtenção de prova¹⁸, tendo como resultados uma fonte de prova¹⁹ e o material coletado, que estará contido numa mídia, como CD ou DVD,

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jan. 2021. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em 06 mar. 2021.

¹⁷ SILVA. Ricardo Sidi Machado da. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 38.

¹⁸ Segundo Sidi, as obtenções de prova constituem medidas voltadas a coletar, obter, buscar os elementos que serão, posteriormente, transportados até o processo, como a quebra de sigilo telemático.

¹⁹ Sidi também explica que as fontes de provas são todas as formas, anteriores à existência do processo, utilizadas para esclarecer a ocorrência de um fato.

um meio de prova²⁰ documental, que será inserido no processo.

3. PRINCIPAIS QUESTÕES

3.1. Conflito de leis

A primeira questão envolvida compreende o conflito existente entre as normas brasileiras e norte-americanas.

Do lado brasileiro, o principal diploma sobre o tema é o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), o qual prevê em seu artigo 11 que empresas prestadoras de serviços direcionados ao público em território nacional, aqui coletando, armazenando, guardando ou tratando dados, estão sujeitas à jurisdição brasileira, o que significa que devem entregar os dados às autoridades brasileiras, quando assim determinado por ordem judicial fundamentada.

No mais, o §2º do mesmo dispositivo afirma que o referido do *caput* se aplica mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. Esta hipótese condiz com a situação das empresas responsáveis pelo ajuizamento da ADC nº 51 no STF.

Além do Marco Civil da Internet, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro²¹ e o Código Civil também dispõem sobre a submissão das empresas estabelecidas em território nacional à legislação brasileira.

Portanto, as empresas aqui constituídas, sejam elas sedes ou meras filiais, devem se submeter à legislação brasileira e obedecer às determinações judiciais, como a quebra de sigilo telemático para a obtenção de informações contidas nos bancos de dados.

Em contrapartida, com relação às normas norte-

²⁰ Já os meios de prova, segundo o autor, são os métodos pelos quais as fontes de prova são incorporadas ao processo.

²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/1942, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

americanas, observa-se o *Stored Communications Act* (“Lei SCA”), que rege a divulgação de metadados relativos a comunicações e seus conteúdos. Esta lei permite que um provedor divulgue metadados como nomes, endereços, telefone, método de pagamento e IP a qualquer pessoa, incluída aqui uma entidade de governo estrangeiro, como os órgãos de investigação criminal brasileiros.

Ocorre que, com relação ao conteúdo das comunicações – as quais interessam ao judiciário brasileiro –, há uma proibição de divulgação, ou seja, os provedores de serviços não podem divulgar o teor das mensagens eletrônicas a qualquer pessoa ou entidade.²² As únicas exceções estão previstas no *18 US Code, Title 18, §2702, “b”*²³, sendo que

²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

²³ *18 US Code, Title 18, §2702, “b”*.

“Exceptions for disclosure of communications. —A provider described in subsection (a) may divulge the contents of a communication—

- (1) to an addressee or intended recipient of such communication or an agent of such addressee or intended recipient;
- (2) as otherwise authorized in section 2517, 2511(2)(a), or 2703 of this title;
- (3) with the lawful consent of the originator or an addressee or intended recipient of such communication, or the subscriber in the case of remote computing service;
- (4) to a person employed or authorized or whose facilities are used to forward such communication to its destination;
- (5) as may be necessarily incident to the rendition of the service or to the protection of the rights or property of the provider of that service;
- (6) to the National Center for Missing and Exploited Children, in connection with a report submitted thereto under section 2258A;
- (7) to a law enforcement agency— (A) if the contents— (i) were inadvertently obtained by the service provider; and (ii) appear to pertain to the commission of a crime; or [(B) Repealed. Pub. L. 108–21, title V, § 508(b)(1)(A), Apr. 30, 2003, 117 Stat. 684]
- (8) to a governmental entity, if the provider, in good faith, believes that an emergency involving danger of death or serious physical injury to any person requires disclosure without delay of communications relating to the emergency; or
- (9) to a foreign government pursuant to an order from a foreign government that is subject to an executive agreement that the Attorney General has determined and certified to Congress satisfies section 2523.”.

das nove exceções, apenas uma prevê a possibilidade de um governo estrangeiro, como o brasileiro, obter informações diretamente junto às empresas norte-americanas²⁴.

Esta única possibilidade diz respeito a celebração de um Acordo Executivo (*executive agreement*) no âmbito de outra norma estadunidense, o Cloud Act²⁵, que dispõe sobre o uso legal de dados no exterior e sua utilização.

Apesar do MLAT firmado entre Brasil e Estados Unidos da América não estar inserido neste contexto, esta possibilidade ainda pode ser aproveitada pelos países: a solução seria a ratificação da Convenção de Budapeste pelo Brasil, o que permitiria o Acordo Executivo supracitado e conseqüentemente a obtenção dos dados diretamente junto à empresa norte-americana sem a necessidade de cooperação internacional.

Em síntese, a lei brasileira permite a quebra do sigilo telemático em desfavor das empresas estadunidenses aqui estabelecidas, ao passo que a lei norte-americana não permite que um Estado estrangeiro, como o Brasil, determine a quebra do sigilo telemático diretamente às empresas situadas em território norte-americano.

Neste contexto, torna-se importante a compreensão sobre a localização dos dados, onde eles foram coletados, onde eles estão armazenados e onde o judiciário brasileiro pretende obtê-los.

Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2702>. Acesso em: 16 fev. 2021.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

²⁵ Estados Unidos da América. Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (Cloud Act). Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943>. Acesso em: 22 fev. 2021.

3.2. Local dos dados telemáticos e competência territorial

As grandes empresas de tecnologia da informação, como o Facebook²⁶, possuem bancos de dados que realizam o armazenamento de todas as informações de seus usuários, como nome, data de nascimento, idade, fotos e conversas particulares. Estes bancos de dados, em sua grande maioria, ficam situados em território estadunidense, de modo que as respectivas filiais brasileiras não contam com um armazenamento próprio.

Assim, quando as filiais nacionais são demandadas pelo judiciário brasileiro a fornecer dados telemáticos de determinado usuário, alegam não possuírem acesso direto ao banco de dados localizado no exterior e afirmam que a competência para decretar a quebra do sigilo telemático seria a do país onde está localizado fisicamente o local de armazenamento, ou seja, os Estados Unidos da América. Deste contexto surge a alegação, por parte das empresas, da necessidade de seguir os procedimentos de cooperação internacional previstos no MLAT.

Sobre a territorialidade dos dados telemáticos, Jacqueline de Souza Abreu²⁷ explica que os documento digitais possuem natureza intangível. Isto porque, ao mesmo tempo estão localizados em algum banco de dados em forma de *bits*, eles também podem ser acessados virtualmente de qualquer outro lugar do mundo.

Com relação à legislação, Wolfgang Hoffmann-Riem²⁸ explica que:

²⁶ Representado pela Federação Assespro, responsável pelo ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/STF.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 100. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

²⁸ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 74.

(...) os fenômenos de dissolução de fronteiras podem levar a consideráveis flancos abertos na proteção jurídica, na medida em que – como é habitual – a lei está ligada ao estabelecimento de fronteiras, por exemplo, regionalmente (seja no âmbito nacional ou comunitário), e na medida em que também é limitada no seu escopo. Em princípio, a legislação transnacional ou globalmente aplicável, como o direito internacional, também está disponível. Seu âmbito geográfico de aplicação pode ser amplo. O direito internacional, entretanto, está objetivamente relacionado apenas a setores individuais – por exemplo, o direito comercial mundial e questões individuais de direito autoral – e muitas vezes é limitado em sua força vinculativa e sancionabilidade.

Neste contexto, a questão relativa à jurisdição competente para quebrar o sigilo telemático constitui objeto de extensa discussão e grande divergência diante da doutrina do direito internacional. Todavia, a tendência dos principais foros internacionais mais relevantes sobre o assunto, inclusive os que versam sobre a Convenção de Budapest²⁹, é dar ênfase no território do usuário do serviço e não na territorialidade do local de armazenamento dos dados.³⁰

Com relação à territorialidade e jurisdição dos dados, são observados os seguintes argumentos das partes (ADC nº 51/STF): os autores argumentam a favor da competência norte-americana para quebrar o sigilo telemático mediante cooperação internacional prevista no MLAT,

²⁹ Convenção do Conselho da Europa contra a Criminalidade Cibernética, também conhecida como "Convenção de Budapeste", tem o objetivo de facilitar a cooperação internacional para o combate ao crime cibernético. A convenção prioriza "uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional". Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/julho/brasil-e-convidado-a-aderir-a-convencao-do-conselho-da-europa-contra-a-criminalidade-cibernetica>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 56. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

cujo critério é a territorialidade do local de armazenamento dos dados; já o Estado Brasileiro sustenta que a quebra do sigilo telemático pode ser feito de forma direta à empresa situada em território nacional, cujo critério é a territorialidade do usuário do serviço.

3.3. Efeitos práticos da decisão do Supremo Tribunal Federal

No contexto da ADC nº 51/STF, há a possibilidade da Suprema Corte julgar o pedido procedente, vinculando o judiciário brasileiro à utilização do mecanismo de cooperação internacional; ou improcedente, afirmando que as empresas aqui estabelecidas devem se submeter ao ordenamento nacional e respeitar a quebra do sigilo telemático, fornecendo os dados solicitados.

No caso de um julgamento procedente, o primeiro ponto negativo a ser destacado é a impossibilidade de cooperação nos casos de crimes eleitorais e crimes contra a honra, uma vez que a legislação norte-americana não tipifica tais condutas como criminosas. Esta ausência de previsão legal viola um dos principais requisitos da cooperação jurídica internacional, que se trata da dupla incriminação³¹.

Diante desta obrigatoriedade, haveria inegável prejuízo a inúmeras perseguições penais em curso no Brasil, que seriam inviabilizadas devido à necessidade da utilização do MLAT em detrimento da atuação direta do judiciário junto às empresas situadas em território nacional.

Além da dupla incriminação, ao receber o pedido brasileiro, os EUA também realizam um juízo para verificar o *probable cause*, que nada mais é do que a análise dos indícios mínimos necessários para determinar a quebra do sigilo telemático. Esta verificação, realizada pelas autoridades norte-americanas, é diferente da realizada pelas autoridades judiciárias

³¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 139. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/publico/Texto.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021

brasileiras, motivo pelo qual o pedido é recorrentemente rejeitado pela falta de indícios³².

Já no caso de a decisão ser desfavorável aos requerentes, a Suprema Corte entenderá que a jurisdição brasileira é competente para decretar a quebra do sigilo telemático e obter os dados diretamente junto à empresa situada em território nacional. Como consequência, há a possibilidade de desestimular as empresas de tecnologia da informação a se estabelecerem no Brasil ou até mesmo de as que estão aqui optarem por migrar para países vizinhos.

Por fim, a parte requerente também cita a possibilidade de um incidente diplomático, que pode levar Brasil e EUA a um desentendimento futuro no que tange à cooperação internacional, atrapalhando eventuais tratativas em curso.

4. O HISTÓRICO E A EXPECTATIVA PARA O FUTURO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E EUA

O desenvolvimento das tecnologias proporcionou vasta modificação nas relações entre as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. O avanço da internet, ao passo em que fornece inúmeras facilidades aos usuários, torna-se um grande atrativo aos criminosos. Além disso, a partir da pulverização do comércio eletrônico, grandes quantias de dinheiro e informações circulam conjuntamente; criou-se assim um ambiente muito visado pelos delinquentes virtuais.³³

Neste sentido, o avanço tecnológico do crime e a consequente fragilidade nas questões de segurança interfronteiriças, demonstraram a necessidade da cooperação jurídica internacional com o

³² Conforme estatística levantada pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação internacional (DRCI) e apresentada nos autos da ADC nº 51. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/drci-stf.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

³³ TEIXEIRA. Tarcísio. **Direito digital e processo eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 214.

objetivo de frear o crime organizado, uma ameaça crescente ao redor do globo³⁴.

De acordo com o portal do Ministério da Justiça e Segurança Pública³⁵, são seis os diplomas internacionais adotados por Brasil e EUA que versam sobre cooperação internacional em matéria penal.

- Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas³⁶. Mais conhecida como Convenção de Viena, foi concluída no ano de 1988 e entrou em vigor no Brasil no ano de 1991.
- Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais³⁷ foi concluída no ano de 1997 e entrou em vigor no Brasil no ano de 2000.
- Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional³⁸. Mais conhecida como Convenção de Palermo, foi concluída no ano de 2000 e entrou em vigor no Brasil em 2004. O principal objetivo do diploma internacional é o combate ao crime organizado, que abrange a

³⁴ SEYEDI, Mahdih. **The legal structure of interpol**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Near East University, Nicosia, 2016. p. 06. Disponível em: <http://docs.neu.edu.tr/library/6412236721.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

³⁵ Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cooperação jurídica internacional em matéria penal – Estados Unidos. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/estados-unidos>. Acesso em 13 mar. 2021.

³⁶ BRASIL. Decreto nº 154/1991, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 09 mar. 2021.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 3.678/2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em 09 mar. 2021.

³⁸ BRASIL. Decreto nº 5.015/2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

lavagem de dinheiro a corrupção e os demais crimes conexos.

- Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁹. Conhecida como Convenção de Mérida, a norma foi concluída no ano de 2003 e entrou em vigor no Brasil no ano de 2006. Seus principais objetivos são: i) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; ii) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e iii) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.
- Convenção Interamericana sobre Assistência em Matéria Penal⁴⁰, também conhecida como Convenção de Nassau. O diploma foi concluído no ano de 1993 e entrou em vigor no Brasil no ano de 2008. O principal objetivo desta norma internacional é criar um compromisso de prestação de assistência mútua em matéria penal entre os Estados Partes, principalmente no que diz respeito a investigações, processos e procedimentos em matéria penal referentes a delitos cujo conhecimentos seja da competência do Estado requerente no momento da solicitação (artigos 1 e 2).
- Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América. Os Acordos de Assistência Judiciária (*Mutual Legal Assistance Treaty* - MLAT), conforme já demonstrado no tópico 1.1.2 deste trabalho, são acordos firmados entre dois ou mais países para a cooperação na troca de informações e provas que serão utilizadas pelas

³⁹ BRASIL. Decreto nº 5.687/2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁰ Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal. Decreto nº 6.340/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6340.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

autoridades em investigações e processos criminais. A cooperação ocorre de autoridade para autoridade, via um pedido de assistência legal mútua, de acordo com um procedimento burocrático especificado em cada tratado, sendo uma a solicitante e outra a destinatária da solicitação.⁴¹

Especificamente em relação ao MLAT, objeto da ADC nº 51/STF, foi firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América em 1997 e promulgado por meio do Decreto nº 3.810 no ano de 2001. Seu principal objetivo é facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua. Deste modo, o acordo bilateral dispõe sobre diversos procedimentos específicos a serem seguidos em situações que envolvam cooperação internacional.

Neste contexto, diante da especificidade dos procedimentos previstos no MLAT, as convenções internacionais supracitadas, apesar de muito importantes no contexto evolutivo da cooperação internacional entre Brasil e EUA, devem ser observadas subsidiariamente em caso de eventual lacuna do acordo bilateral.

Todavia, o procedimento de interesse desta pesquisa está relacionado à obtenção de provas, mais especificamente à quebra do sigilo telemático, e pode ser encontrado principalmente nos artigos IV, que trata da forma e conteúdo das solicitações⁴², e VIII, que trata da produção de prova no Estado requerido⁴³.

⁴¹ CALABRICH, Bruno. **E-evidences e cooperação internacional**: o desafio de diferentes paradigmas. *In*: Salgado, D. R.; Kircher, L. F. S.; Queiroz, R. P. de., Altos estudos sobre a prova no processo penal. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 598

⁴² Artigo IV - Forma e Conteúdo das Solicitações

1. A solicitação de assistência deverá ser feita por escrito, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido acate solicitação sob outra forma, em situações de urgência. Nesse caso, se a solicitação não tiver sido feita por escrito, deverá ser a mesma confirmada, por escrito, no prazo de trinta dias, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido concorde que seja feita de outra forma. A solicitação será redigida no idioma do Estado Requerido, caso não haja disposição em contrário.

2. A solicitação deverá conter as seguintes informações:

Quanto à exigência da dupla incriminação, apesar da desnecessidade prevista no artigo I.3 do acordo, os Estados Unidos não dispensam, e justificam por se tratar de “uma garantia fundamental no âmbito da cooperação na hipótese dos pedidos em que a liberdade individual é afetada”⁴⁴.

-
- a) o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito, a ação penal ou o procedimento relacionado com a solicitação;
 - b) descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão;
 - c) descrição da prova, informações ou outra assistência pretendida; e
 - d) declaração da finalidade para a qual a prova, as informações ou outra assistência são necessárias.

3. Quando necessário e possível, a solicitação deverá também conter:

- a) informação sobre a identidade e a localização de qualquer pessoa (física ou jurídica) de quem se busca uma prova;

(...)

- i) qualquer outra informação que possa ser levada ao conhecimento do Estado Requerido, para facilitar o cumprimento da solicitação.

⁴³ Artigo VIII - Depoimento ou Produção de Prova no Estado Requerido

1. Uma pessoa no Estado Requerido intimada a depor ou a apresentar prova, nos termos deste Acordo, será obrigada, quando necessário, a apresentar-se e testemunhar ou exibir documentos, registros e bens.

2. Mediante solicitação, a Autoridade Central do Estado Requerido antecipará informações sobre data e local da tomada de depoimento ou produção de prova, de acordo com o disposto neste Artigo.

3. O Estado Requerido permitirá a presença de pessoas indicadas na solicitação, no decorrer do atendimento à solicitação, e permitirá que essas pessoas apresentem perguntas a serem feitas à pessoa que dará o testemunho ou apresentará prova.

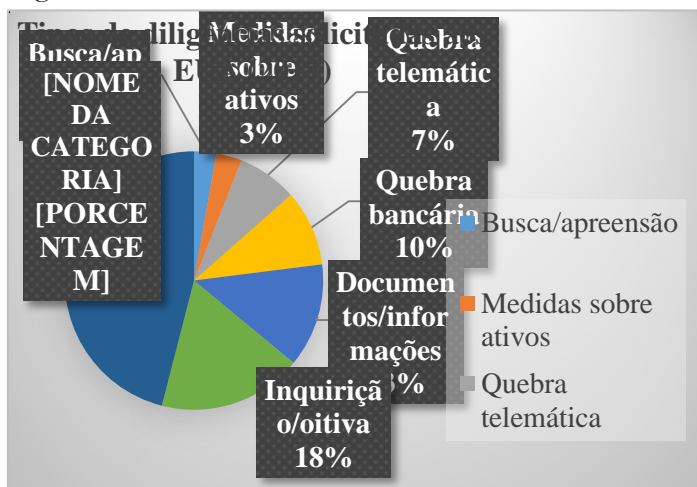
4. Caso a pessoa mencionada no parágrafo 1 alegue condição de imunidade, incapacidade ou privilégio prevista nas leis do Estado Requerente, o depoimento ou prova deverá, não obstante, ser tomado, e a alegação levada ao conhecimento da Autoridade Central do Estado Requerente, para decisão das autoridades daquele Estado.

5. As provas produzidas no Estado Requerido conforme o presente Artigo ou que estejam sujeitas a depoimento tomado de acordo com o presente Artigo podem ser autenticadas por meio de atestado, incluindo, no caso de registros comerciais, autenticação conforme o Formulário A anexo a este Acordo. Os documentos autenticados pelo Formulário A serão admissíveis como prova no Estado Requerente.

⁴⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 139. Disponível em:

A cooperação entre Brasil e Estados Unidos com base no acordo bilateral, segundo dados da autoridade central brasileira, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI/MJ), nos autos da ADC nº 51/STF⁴⁵, estão organizados de duas formas: i) diligências solicitadas aos EUA; e ii) diligências relacionadas a quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos.

Aproximadamente 7,5% das diligências solicitadas pelo Brasil aos EUA com base no MLAT, são pedidos de cooperação jurídica internacional sobre quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos, conforme gráfico abaixo.



Entre o período de 2014 a 2017, houve 120 solicitações neste sentido⁴⁶. Desses, 80 pedidos de cooperação jurídica foram enviados

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/publico/Texto.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021

⁴⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ofício n. 965/2018/CGRA-DRCI-SNJ-MJ, Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/drci-stf.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁴⁶ Dentre os 120 pedidos identificados, 11 não foram enviados aos EUA pelo DRCI/MJ, uma vez que possuíam falhas graves de elaboração e necessitavam de adequação, e 1 solicitação não se tratava de um pedido de cooperação, mas sim de transmissão de informações espontâneas para os EUA. Dos 108 pedidos restantes, os quais foram devidamente remetidos aos EUA: i) 28 ainda se encontravam em andamento na data da prestação destas informações ao STF; e ii) 80 já haviam sido encerrados.

aos EUA com a solicitação de quebra do sigilo telemático para obtenção de dados, e apenas 18 tiveram as solicitações atendidas pelas autoridades norte-americanas, o que representa um índice de aproveitamento de apenas 22,5%. Uma taxa baixíssima se comparada com às solicitações de outras naturezas⁴⁷.

Dentre os principais motivos de rejeição das solicitações pelas autoridades norte-americanas, que engloba os 62 pedidos citados acima, estão: i) 32% recusados por argumentos de insuficiência do nexos causal⁴⁸; ii) 24% recusados por envolver solicitações feitas para fins de elucidação de crimes contra a honra ou de preconceito⁴⁹; iii) 21% em que houve desistência do pedido devido à demora das autoridades dos EUA e consequente perda da utilidade da informação; iv) 10% recusados em virtude de impossibilidade de acesso ao dado telemático por ele ter sido apagado ou por ter excedido o prazo de retenção obrigatória pelos quais as empresas provedoras de serviços de internet tem obrigação de mantê-lo armazenado; v) 5% recusado em razão de a conta ou de o provedor não ter sido localizado; vi) 3% recusados por se tratarem de solicitação relacionada ao aplicativo *WhatsApp*, que não possui mecanismo técnico de armazenamento de dados em virtude de sua criptografia; vii) 3% recusados por solicitarem interceptação telemática em tempo real⁵⁰; e viii) 2% recusados em razão de que as informações obtidas foram fornecidas diretamente pelo provedor de internet representado por filial no Brasil.

Portanto, conclui-se, diante das estatísticas apresentadas pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, que o MLAT, apesar de apresentar um grande avanço no modelo de cooperação internacional em conjunto com os Estados Unidos da América, ainda tem muito a evoluir em relação aos pedidos cujo objeto

⁴⁷ Segundo estatística apontada também pelo DRCI/MJ, as demais diligências possuem um índice de 70% de aproveitamento.

⁴⁸ Chamado pelos norte-americanos de *probable cause*. É o nível de indício necessário a ser demonstrado para que as autoridades dos EUA possam determinar o afastamento do sigilo telemático. Sua previsão se encontra no *Stored Communication Act*.

⁴⁹ A legislação norte-americana não compreende tais condutas como atos criminosos, em virtude do amplo reconhecimento à liberdade de expressão.

⁵⁰ As interceptações telemáticas em tempo real, também conhecidas informalmente como “grampo”, é vedada pela legislação norte-americana.

é a quebra de sigilo telemático. Isto porque, na grande maioria dos casos, a tentativa de obtenção dos dados pelas autoridades brasileiras é frustrada e impossibilita o desenvolvimento probatório fundamental para a persecução penal, criando, muitas vezes, um ambiente virtual seguro para o planejamento e cometimento de crimes.

5. OS LIMITES TERRITORIAIS DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

O Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., habilitado como *Amicus Curiae* na ADC nº 51/2017, argumenta que há impossibilidade técnica e jurídica de empresas brasileiras atenderem determinações relativas ao fornecimento do conteúdo de comunicações controladas nos Estados Unidos da América por pessoa jurídica diversa. Como consequência, não poderia ser obrigada a produzir ou fornecer os dados eletrônicos exigidos em eventual persecução penal por meio da quebra de sigilo telemático.⁵¹

Diante de tal afirmação, haveria a necessidade de o judiciário brasileiro se submeter às disposições do acordo bilateral em matéria penal firmado entre Brasil e EUA, o Decreto 3.810/2001, que prevê a necessidade de cooperação internacional no caso em tela. Tal necessidade decorre da premissa de que cada Estado possui jurisdição apenas sobre o seu território, ou seja, a jurisdição brasileira não abarca as empresas situadas em território norte-americano e conseqüentemente não há a possibilidade de demandá-las a fornecer os dados em seu poder.

Tal argumento, todavia, parece-nos questionável.

Diversos diplomas legais nacionais dispõem sobre a submissão das empresas aqui estabelecidas à legislação brasileira, como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵², que reconhece a

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Petição Facebook. p. 12/13. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/06/paginador_esclarecimentos-facebook.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

submissão das filiais estabelecidas no Brasil à legislação pátria no artigo 11⁵³.

No mesmo sentido o Código de Processo Civil, que define como domiciliadas no Brasil aquelas agências, filiais ou sucursais de empresas estrangeiras situadas em território nacional, motivo pelo qual devem ser processadas e julgadas pela autoridade judiciária brasileira, no artigo 21⁵⁴.

Assim, uma vez reconhecido o domicílio da empresa no Brasil, além da competência da autoridade brasileira para processar e julgar as ações, a filial também se submete às decisões e determinações judiciais, inclusive a quebra do sigilo telemático com a finalidade de obtenção de dados em poder da empresa.

Somado às determinações gerais, também há determinações específicas às empresas provedoras de conexão e de aplicações de internet que realizam a coleta, armazenamento, guarda e tratamento de dados em território nacional. O Marco Civil da Internet, em seu artigo 11 e parágrafos, prevê a submissão dessas pessoas jurídicas à legislação brasileira, inclusive aquelas sediadas no exterior, desde que ofertem serviço ao público brasileiro, ou pelo menos um integrante do grupo econômico possua estabelecimento no Brasil⁵⁵.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁵³ LINDB. Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem. § 1º. Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

⁵⁴ CPC. Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

⁵⁵ Lei 12.965/2014. Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos

No mais, o próprio acordo bilateral em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos prevê que o diploma internacional não é impedimento para a aplicação das leis nacionais dos países em questão, podendo a pessoa jurídica situada no Brasil, obedecer às normas e decisões judiciais aqui proferidas⁵⁶.

Em sentido oposto às determinações supracitadas, o atual representante da ASSESPRO na ADC nº 51/2017, Ayres Brito, entende que o artigo 181 da Constituição Federal exige que a requisição de documentos a empresas se realize de autoridade para autoridade, e não de forma direta⁵⁷. Segundo o artigo: “o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.”

Tal entendimento, todavia, não esvazia a incidência dos dispositivos legais citados e vigentes no Brasil, de modo que as pessoas jurídicas que deixarem de observá-los, neste contexto, estão passíveis de sanções determinadas pela própria lei, principalmente a imposição de multas diárias ou *astreintes*. Isso já ocorreu em inúmeros casos concretos

terminais esteja localizado no Brasil. § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

⁵⁶ Decreto nº 3.810/2001. MLAT. Artigo XVII - Compatibilidade com Outros Acordos. 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.

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 116. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

com empresas situadas em território nacional, como Facebook⁵⁸, Microsoft⁵⁹, entre outras.

Como citado, a multa determinada pelo Juízo nada mais é do que uma *astreinte*. A medida, segundo jurisprudência⁶⁰ citada por Humberto Theodoro Júnior, constitui medida coercitiva tendente a induzir a parte a atender ao comando judicial – serve como fator desestimulante à recalcitrância e tem por objetivo conferir efetividade à tutela jurisdicional, podendo ser fixada até de ofício, cujo montante deve ser suficiente a inibir ou forçar a conduta da parte, evitando que se subtraia ao comando jurisdicional.⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça⁶² entende que a imposição de *astreintes* à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo telemático estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil. Tal entendimento possui embasamento legal no artigo 3º do Código de Processo Penal, que permite a interpretação extensiva e aplicação analógica dos demais diplomas legais no direito criminal.

Além da multa diária, o Marco Civil da Internet⁶³ prevê

⁵⁸ MARTINS, Jomar. **Facebook vai pagar R\$ 520 mil de multa por não cumprir ordem judicial no prazo**. Consultor Jurídico, 02/10/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-02/facebook-pagara-520-mil-nao-cumprir-ordem-judicial>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁵⁹ BARROS, Matheus. **STJ decide em favor do TJSP e aplica multa de R\$ 310 mil na Microsoft**. Olhar Digital, 05/03/2021. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/03/05/pro/stj-decide-em-favor-do-tjsp-e-aplica-multa-de-r-310-mil-na-microsoft/>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁶⁰ TJSP, AI 2180211-41.2016.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Shimura, 23ª Câmara de Direito Privado, jul. 30.11.2016, data de registro 06.12.2016

⁶¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Código de processo civil anotado**. 23. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2020. p. 223

⁶² STJ. Recurso em mandado de segurança nº 53.213/RS. Min. Rel. Ribeiro Dantas. Julgado em 07 mai. de 2019.

⁶³ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. (...) § 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

expressamente a possibilidade de aplicação de multa ao descumpridor de suas normas quanto à guarda e disponibilização de registros⁶⁴.

A legislação acima descrita tem incidência dentro dos limites territoriais brasileiros, e não alcança, por óbvio, as sedes das empresas estrangeiras em território estrangeiro. Em relação a estas não há dúvidas quanto à necessária utilização do MLAT.

O conflito enfrentado no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 em trâmite perante o STF, repousa no argumento das filiais brasileiras no sentido de que não possuem capacidade de acesso e obtenção dos dados contidos no banco de dados de suas sedes estadunidenses, e que, portanto, o fluxo da ordem judicial deve se pautar pelo procedimento estabelecido no MLAT.

Este problema enfrentado pelo direito internacional se torna cada vez mais atual, uma vez que a rede mundial de computadores, ou simplesmente a internet, vem criando um ambiente no qual não há fronteiras, de modo que a limitação jurisdicional territorial dos países se torna um grave empecilho para a resolução de conflitos por meio do poder judiciário.

Sobre a relação entre território e a jurisdição do Estado, Francisco Rezek⁶⁵ explica que o “*território (...)* é a área terrestre do Estado,

do art. 7º. Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: (...) II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

⁶⁴ É possível a fixação de astreintes em desfavor de terceiros, não participantes do processo, pela demora ou não no cumprimento de ordem emanada do Juízo Criminal. Dizer o Direito. 05/12/2020. Disponível em: [https://www.dizerdireito.com.br/2020/12/e-possivel-fixacao-de-astreintes-em.html#:~:text=Principais%20caracter%C3%ADsticas%20da%20multa%20cominat%C3%B3ria%20\(astreinte\)&text=Trata%2Dse%20de%20uma%20t%C3%A9cnica%20judicial%20de%20coer%C3%A7%C3%A3o%20indireta.&text=Apresenta%20um%20car%C3%A1ter%20h%C3%ADbrido%2C%20possuindo,e%20tamb%C3%A9m%20de%20direito%20processual.&text=N%C3%A3o%20tem%20finalidade%20ressarcit%C3%B3ria%2C%20tanto,cumulada%20com%20perdas%20e%20danos..](https://www.dizerdireito.com.br/2020/12/e-possivel-fixacao-de-astreintes-em.html#:~:text=Principais%20caracter%C3%ADsticas%20da%20multa%20cominat%C3%B3ria%20(astreinte)&text=Trata%2Dse%20de%20uma%20t%C3%A9cnica%20judicial%20de%20coer%C3%A7%C3%A3o%20indireta.&text=Apresenta%20um%20car%C3%A1ter%20h%C3%ADbrido%2C%20possuindo,e%20tamb%C3%A9m%20de%20direito%20processual.&text=N%C3%A3o%20tem%20finalidade%20ressarcit%C3%B3ria%2C%20tanto,cumulada%20com%20perdas%20e%20danos..) Acesso em: 16 mar. 2021.

⁶⁵ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2018. p. 201/202

somada àqueles espaços hídricos de topografia puramente interna, como os rios e lagos que se circunscrevem no interior dessa área sólida. Sobre o território assim entendido, o Estado soberano tem jurisdição geral e exclusiva. A generalidade da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. A exclusividade significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania. Só ele pode, assim, tomar medidas restritivas contra pessoas, detentor que é do monopólio do uso legítimo da força pública. Não vale invocar, por exemplo, o chamado princípio da justiça universal para legitimar a ação policial de agentes de certo Estado no território de outro”.

A exclusividade de jurisdição de um Estado impede que outro imponha sua soberania sobre aquele, ou seja, diante da impossibilidade de obter dados diretamente junto às filiais em território nacional, o poder judiciário brasileiro fica impedido de demandar diretamente a empresa norte-americana, tornando necessária a cooperação internacional, a qual, hoje, possui seus parâmetros estabelecidos no acordo bilateral em matéria penal firmado entre Brasil e Estados Unidos, também conhecido como Decreto 3.810/2001.

Esta exclusividade, todavia, não é absoluta. Conforme explicado por Hildebrando Accioly⁶⁶: “O direito do estado sobre o território e os respectivos habitantes é exclusivo, ou seja, nenhum outro estado pode exercer a sua jurisdição sobre o território, a não ser com o consentimento do primeiro”. Deste modo, em caso de permissão expressa por parte dos Estados Unidos da América, haveria a possibilidade de o Brasil demandar diretamente as empresas norte-americanas em busca dos dados pretendidos, o que poderia ser realizado com auxílio e comando da autoridade central estadunidense.

Na tentativa de equacionar o impasse, de modo a buscar soluções de compromisso que permitam ao mesmo tempo resguardar a soberania de dois ou mais Estados cooperantes, mas também assegurar a eficiência e efetividade da atividade estatal, principalmente na persecução penal, cumpre-nos examinar alguns caminhos apontados pela

⁶⁶ ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 25. ed. Saraiva Educação: São Paulo, 2021. p. 109.

jurisprudência brasileira.

Apesar da complexidade do tema, a grande maioria das decisões proferidas, seja monocraticamente ou de modo colegiado, segue a corrente que entende pela aplicação da lei brasileira às empresas situadas em território nacional, independentemente se o local de armazenamento de dados está localizado no exterior. O entendimento prevalece principalmente devido às disposições do Marco Civil da Internet, que reconhecem a submissão das empresas que aqui realizam coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações, à legislação nacional.

Nesse sentido, conforme julgamento da Terceira Turma do STJ datado de 2020 sob a relatoria da Min. Nancy Andrighi⁶⁷, as filiais brasileiras das empresas de tecnologia de informação norte-americanas devem se submeter à legislação e respeitar o disposto no Marco Civil da Internet:

(...)

5. É um equívoco imaginar que qualquer aplicação hospedada fora do Brasil não possa ser alcançada pela jurisdição nacional ou que as leis brasileiras não sejam aplicáveis às suas atividades.

6. Tem-se a aplicação da lei brasileira sempre que 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 ocorra em território nacional, mesmo que apenas um dos dispositivos da comunicação esteja no Brasil e mesmo que as atividades sejam feitas por empresa com sede no estrangeiro.

Em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal reconhece a submissão da empresa multinacional à legislação brasileira⁶⁸:

⁶⁷ REsp 1745657/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 19/11/2020

⁶⁸ STF, ARE nº 1226795. Min. Rel. Alexandre de Moraes, julgado em 20/08/2019, publicado em 26/08/2019

(...)

3. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submetete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo" (RMS 55.109/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017)

4. Observe-se, ainda, que não há qualquer ilegalidade no fato de o delito investigado ser anterior à vigência do Marco Civil da Internet. Isto porque a Lei n.º 12.965/2014 diz respeito tão somente à imposição de astreintes aos descumpridores de decisão judicial, sendo inequívoco nos autos que a decisão judicial que determinou a quebra de sigilo telemático permanece hígida.

Quanto à aplicação de multas diárias, ou astreintes, às empresas estranhas ao processo que descumprirem ordem judicial proferida por Juízo Criminal, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em caso que envolve o Facebook, entendeu que⁶⁹:

1. O descumprimento de ordem judicial para realização de quebra de sigilo telemático resulta na possibilidade de imposição de multa diária em desfavor da empresa responsável pelos dados requeridos, ainda que não figure em algum dos polos da ação penal, aplicando-se, subsidiariamente, as normas de processo civil, podendo o magistrado valer-se de métodos coercitivos para o cumprimento da ordem.

2. A empresa Facebook seja ela nacional ou estrangeira é corresponsável pelas informações judicialmente requisitadas para afastamento do sigilo telemático do aplicativo WhatsApp, porquanto compõem o mesmo grupo econômico e esta última não possui representação no território nacional, sendo legítima aplicação de multa diária decorrente pelo descumprimento da ordem judicial, mormente quando aplicada em patamar condizente com a saúde financeira do Facebook.

⁶⁹ TJRO. MS n° 0004689-11.2017.822.0000, Des. Rel. Marialva Henriques Daldegan, 2ª Câmara Criminal, julgado em 08/11/2017, DJe. 22/11/2017

Já o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, firmou entendimento no sentido de que “[é] possível a fixação de astreintes em desfavor de terceiros, não participantes do processo, pela demora ou não cumprimento de ordem emanada do Juízo Criminal”.⁷⁰

A jurisprudência dos principais tribunais brasileiros, portanto, aplica a norma prevista em lei e considera a empresa situada em território nacional como submissa às normas brasileiras.

Ocorre que, este entendimento aplicado pelos tribunais brasileiros, não leva em consideração a questão relativa à eventual incapacidade da empresa brasileira em obter as informações demandadas junto ao banco de dados norte-americano. É justamente este o motivo invocado pelas empresas estadunidenses ao ajuizar a Ação Declaratória de Constitucionalidade, objetivando que o Supremo Tribunal Federal obrigue o judiciário brasileiro a observar o Decreto 3.810/2001 e, conseqüentemente, solicitar a cooperação jurídica internacional aos Estados Unidos da América.

6. AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO CONFLITO APRESENTADO

A princípio, o debate em tela possui como plano de fundo apenas dois caminhos distintos: a observância do MLAT, de modo que o judiciário deve solicitar a cooperação internacional para obter os dados eletrônicos em poder de empresas norte-americanas através da autoridade central; ou a inobservância do MLAT, permitindo ao judiciário brasileiro decretar a quebra do sigilo telemático diretamente às empresas filiais situadas em território nacional com fundamento no Marco Civil da Internet.

Todavia, sustentamos que não se trata de caminhos opostos, mas sim complementares.

Nesse sentido, na audiência pública realizada no âmbito da ADC nº 51, diversos expositores expressaram suas opiniões. Marconi

⁷⁰ STJ. 3ª Seção. REsp 1.568.445-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. Ac. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/06/2020 (Info 677).

Costa Melo⁷¹, integrante do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, argumenta que o MLAT deve ser interpretado de modo complementar ao sistema nacional ou a outras formas de cooperação internacional. Segundo ele, a teleologia do acordo bilateral não é exaurir todas as possibilidades de cooperação, mas sim, permitir a convivência delas como formas legítimas de obtenção da informação através de outras formas de cooperação internacional ou da utilização da legislação nacional. Por isso, os mecanismos são complementares e convivem entre si.⁷²

Há que se destacar que o próprio MLAT dispõe sobre o assunto em seu artigo XVII⁷³, e, segundo Isalino Antonio Giacomet Junior, o acordo prevê que procedimentos contidos no MLAT não constituirão impedimento a que uma parte preste assistência a outra com base em dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis ou de conformidade com leis nacionais, ou seja, como já citado, o acordo bilateral não exaure todas as formas de cooperação.⁷⁴

⁷¹ Coordenador-Geral de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional Justiça – Autoridade Central brasileira. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/curriculo-2019/curriculo-marconi.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 49. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁷³ Decreto 3.810/2001. Artigo XVII. Compatibilidade com Outros Acordos. “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”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, 10/02/2020, p. 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

No mesmo sentido já entendeu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁷⁵:

[...] 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, até então, regulavam a matéria e pela ineficácia (em termos práticos) dos instrumentos normativos existentes. 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. O próprio 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' [...].

O trecho da decisão ainda destaca o artigo 3º do Marco Civil da Internet, que dispõe no mesmo sentido do MLAT⁷⁶ ao demonstrar a complementariedade da legislação nacional com os diversos tratados internacionais.

Apesar da aparente possibilidade legal de o judiciário brasileiro solicitar os dados telemáticos diretamente às empresas brasileiras e subsidiariamente às empresas norte-americanas por meio de cooperação internacional, há outras soluções iminentes para a questão, que podem ser resumidas na ratificação da Convenção de Budapeste pelo Brasil, ou ainda por meio do acordo executivo com os Estados Unidos da América no âmbito do Cloud Act, bem como por meio de um acordo específico entre os países para regulamentar a quebra de sigilo telemático.

A Convenção de Budapeste⁷⁶, que é a Convenção contra a

⁷⁵ STJ. RHC 88.142/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019

Criminalidade Cibernética, não foi ratificada pelo Brasil até o momento. Porém, segundo noticiado pela Secretaria Geral do Governo Federal Brasileiro, o Brasil foi convidado a aderir à Convenção em dezembro de 2019, tendo o convite validade por três anos. A adesão, segundo a secretaria, proporcionaria às autoridades brasileiras acesso mais ágil a provas eletrônicas sob jurisdição estrangeira, além de tornar a cooperação jurídica internacional voltada à perseguição penal dos crimes cibernéticos mais efetiva.⁷⁷

Neste sentido, verifica-se a importância da convenção no papel da obtenção de provas eletrônicas. Sobre o assunto, a Nota Técnica⁷⁸ elaborada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal explica que:

A Convenção do Cibercrime é útil não somente para a persecução de crimes cibernéticos, mas principalmente para a obtenção das provas digitais que estão presentes em quase todos os delitos, de fraudes financeiras a tráfico internacional de drogas, obtenção esta que depende de cooperação internacional quando não atendidos os requisitos do Marco Civil da Internet;

(...)

Como exposto, o Artigo 11 do Marco Civil explicita que os dados coletados em território nacional por empresas com filiais em território nacional ou pertencentes a grupo econômico com uma sede ou filial em território nacional devem ser fornecidos às autoridades judiciais brasileiras

⁷⁶ Convention on Cybercrime. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁷⁷ SECRETARIA-GERAL. Brasil é convidado a aderir à Convenção do Conselho da Europa contra a Criminalidade Cibernética, 24/07/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/julho/brasil-e-convidado-a-aderir-a-convencao-do-conselho-da-europa-contra-a-criminalidade-cibernetica>. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁷⁸ MPF. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nota Técnica do Grupo de Apoio sobre Criminalidade Cibernética sobre a Convenção do Cibercrime (Convenção de Budapeste). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgz/documentos/2CCR_NotaTecnica_ConvencaoBudapeste.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021

mesmo que tais dados estejam sendo mantidos armazenados fora do País. Tal dispositivo, que apenas reflete questões básicas de soberania (dados coletados no Brasil devem ser acessíveis a autoridades brasileiras diretamente desde que respeitados os ditames do devido processo legal previstos na legislação pátria) tem sido alvo constante de investidas de corporações estrangeiras que desejam ver aplicada no Brasil legislação estrangeira que em nada se assemelha ao quanto defendido pela sociedade brasileira (vide, a esse respeito, a ADC 51, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal). A Convenção, em seu Artigo 18, traz dispositivo semelhante ao citado Artigo 11:

Artigo 18º - Injunção

1. Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para habilitar as suas autoridades competentes para ordenar:

- a) A uma pessoa que se encontre no seu território que comunique os dados informáticos específicos, na sua posse ou sob o seu controlo e armazenados num sistema informático ou num outro suporte de armazenamento de dados informáticos; e
- b) A um fornecedor de serviços que preste serviços no território da Parte, que comunique os dados na sua posse ou sob o seu controlo, relativos aos assinantes e respeitantes a esses serviços.

Ou seja, a importância da Convenção de Budapeste está justamente na possibilidade de o Estado Parte possuir autorização para adotar medidas que possibilitem a obtenção de dados diretamente junto a uma empresa de serviços que atue naquele território, independentemente se o local físico está fora de sua jurisdição. Na prática, esta hipótese reflete a possibilidade de o Brasil requisitar os dados pretendidos diretamente às empresas norte-americanas, sem a necessidade de observar os procedimentos previstos no MLAT e, conseqüentemente, sem o intermédio da autoridade central estadunidense.

Este mecanismo está expressamente previsto na legislação norte-americana, que dispõe sobre as situações em que há permissão para o fornecimento de dados ou, mais especificamente, do conteúdo das comunicações.

18 US Code, Title 18, §2702, “b”.

Exceptions for disclosure of communications. —A provider described in subsection (a) may divulge the contents of a communication—

(...)

(9) to a foreign government pursuant to an order from a foreign government that is subject to an executive agreement that the Attorney General has determined and certified to Congress satisfies section 2523.⁷⁹

Neste sentido, a exceção número “(9)” exposta acima prevê a possibilidade de divulgação do conteúdo das comunicações em poder de empresas norte-americanas para um governo estrangeiro, como o Brasil, que possui um acordo executivo nos termos da seção 2523. Esta seção diz respeito ao Cloud Act, que regula tais *executive agreements* e viabilizada a cooperação internacional entre os países.

Também é possível que a situação seja equacionada com fundamento no próprio acordo bilateral, que é objeto da ADC nº 51, notadamente o artigo XVII, que dispõe:

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.

Ou seja, as partes podem prestar-se assistência nos termos de qualquer acordo, ajuste ou prática bilateral cabível. Conforme explica Carlos Roberto Husek⁸⁰ a negociação é um dos meios diplomáticos de resolução de conflitos, sendo a forma mais simples, porque se trata da

⁷⁹ U.S. CODE. 18 U.S. Code § 2702 - Voluntary disclosure of customer communications or records. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2702>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁸⁰ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Editora LTr: São Paulo, 2017. p. 308.

busca do entendimento direto entre os Estados por via diplomática. A partir deste meio, os Estados buscam apresentar suas razões, reúnem-se e concluem, no mais das vezes, por um acordo, pondo fim ao problema.

No mesmo sentido Valério de Oliveira Mazzuoli⁸¹ conceitua sobre a negociação direta:

Consiste no entendimento direto que chegam os Estados em relação ao conflito existente, manifestado por meio de comunicação diplomática, que poderá ser apresentada oralmente (que é a maneira mais comum) ou por escrito (por meio de troca de notas diplomáticas). Sua utilização deve ser posta em primeiro plano quando se trata de resolver uma questão divergente de interesse recíproco dos Estados em questão.¹¹ Sua materialização pode dar-se por várias maneiras: *a*) quando as partes, por meio dos seus órgãos diplomáticos, fazem concessões mútuas (transigem) a fim de chegar a uma solução justa para o seu conflito; *b*) quando uma parte renuncia (desiste) de prosseguir o direito que pretendia; ou ainda *c*) quando uma parte reconhece (aceita) as pretensões da outra. Em casos de maior gravidade, as negociações diretas podem ser levadas a efeito pelos mais altos funcionários dos dois Estados, podendo ser os próprios Ministros das Relações Exteriores de ambos ou, inclusive, os próprios chefes de Estado diretamente.

Tendo em vista o déficit de jurisdição decorrente do ambiente livre de fronteiras formado pela internet, bem como as negativas estatísticas apresentadas pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional apresentadas na seção 3.1, os Ministros das Relações Exteriores ou até mesmo os chefes de Estado podem buscar um acordo objetivando tornar a quebra de sigilo telemática mais eficaz e eficiente.

A nova dinâmica de cooperação deve compreender um ponto fundamental: a não incidência de qualquer tipo de análise por parte da autoridade norte-americana com base em sua legislação, de modo que o papel da autoridade central deve ser única e exclusivamente o de realizar o

⁸¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 13. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2020. p. 984.

cumprimento da ordem emanada pelo judiciário brasileiro. Hoje, esta etapa da cooperação internacional é a principal responsável pelo baixo índice de sucesso nas solicitações de quebra de sigilo telemático, tendo em vista a verificação do nexu causal e a dupla incriminação.

7. CONCLUSÃO

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/STF, cujo objetivo é tornar obrigatória a observância do procedimento previsto no Decreto 3.810/2001, que promulgou o MLAT entre Brasil e EUA, especificamente no que diz respeito à quebra de sigilo telemático para obtenção de dados em poder de empresas provedoras de serviços de internet situadas em território norte-americano, mesmo nos casos em que tais empresas possuem representação no Brasil, revela-se bastante questionável.

Embora o fundamento central consista no argumento de que as empresas americanas com filial no Brasil, não possuem capacidade e disponibilidade técnica sobre os dados, estão sob o império do marco regulatório brasileiro, seja a LINDB seja o Marco Civil da Internet.

Evidente que o impasse pode ser tornar insuperável, porém, é fato que a ADC 51 propõe uma exclusividade e uma vinculação que nem mesmo o MLAT revela. Pelo contrário, o MLAT reconhece a possibilidade da cooperação por outras formas diversas das que estão reguladas no acordo, como também reconhece aos Estados partes a possibilidade de negociar o que lhes for mais conveniente.

Com efeito, ainda, a ADC 51 vai em sentido contrário a uma clara tendência de simplificação das formas, sem descurar do procedimento, do controle e da transparência. Essa tendência pode ser observada na jurisprudência brasileira, bem como nos esforços de ampliação da adesão à Convenção de Budapeste, cujo referencial normativo auxiliaria e muito na equalização das situações de conflito como a que ora se discutiu ao longo do texto.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

ARAS; Vladimir. **Direito probatório e cooperação jurídica internacional**. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; SALGADO, Daniel de Resende. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 3. ed. 2019

BARROS, Matheus. **STJ decide em favor do TJSP e aplica multa de R\$ 310 mil na Microsoft**. Olhar Digital, 05/03/2021. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/03/05/pro/stj-decide-em-favor-do-tjsp-e-aplica-multa-de-r-310-mil-na-microsoft/>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/publico/Texto.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021

CALABRICH, Bruno. **E-evidences e cooperação internacional: o desafio de diferentes paradigmas**. In: Salgado, D. R.; Kircher, L. F. S.; Queiroz, R. P. de., **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 597-610.

Estados Unidos da América. Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (Cloud Act). Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943>. Acesso em: 22 fev. 2021.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Editora LTr, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Código de processo civil anotado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JÚNIOR. Ivan Jezler Costa Júnior. **A busca por um marco processual da internet: requisitos para colheita dos dados armazenados em compartimentos eletrônicos**. Dissertação (Mestrado em ciências criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

KAVANAGH, Camino. **IT and Cyber Capabilities as a Force Multiplier for Transnational Crime**. In: COMOLLI, Virginia. *Organized crime and illicit trade*. London: Palgrave Macmillan, 2018. p. 37-78.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. SALGADO, Daniel de Resende (orgs.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LAUX, Francisco de Mesquita. **Direito à prova na internet, o julgamento da ADC 51 pelo STF e o alcance do MLAT**. JOTA. 2020. Disponível em: <http://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-a-prova-na-internet-o-julgamento-da-adc-51-pelo-stf-e-o-alcance-do-mlat-20022020>. Acesso em: 15 set. 2020.

MARTINES, Fernando. **Facebook e associação vão ao STF contra juízes que ignoram Marco Civil da Internet**. Consultor Jurídico – CONJUR. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/facebook-stf-juizes-ignoram-marco-civil>. Acesso em: 01/10/2020.

MARTINS, Jomar. **Facebook vai pagar R\$ 520 mil de multa por não cumprir ordem judicial no prazo.** Consultor Jurídico, 02/10/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-02/facebook-pagara-520-mil-nao-cumprir-ordem-judicial>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional:** Teoria, Jurisprudência e Questões. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 907.

Polícia prende vice-presidente do Facebook na América Latina em SP. G1, São Paulo, 01 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/policia-prende-representante-do-facebook-na-america-do-sul-em-sp.html>. Acesso em: 17 jan. 2021.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; SALGADO, Daniel de Resende (orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

RABELO, Carolina Gladyer. A cooperação jurídica internacional e o crime organizado transnacional. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 6, p. 277-291, 2007.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 17. ed. Editora São Paulo: Saraiva, 2018.

SECRETARIA-GERAL. Brasil é convidado a aderir à Convenção do Conselho da Europa contra a Criminalidade Cibernética, 24/07/2020. Disponível em:

<https://www.gov.br/secretariageral/ptbr/noticias/2020/julho/brasil-e-convidado-a-aderir-a-convencao-do-conselho-da-europa-contra-a-criminalidadecibernetica>. Acesso em: 16 mar. 2021.

SENNA, Felipe; FERRARI, Daniella. **Convenção de Budapeste e crimes cibernéticos no Brasil**. Migalhas, 21/10/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335230/convencao-de-budapeste-e-crimes-ciberneticos-no-brasil>. Acesso em: 30 mar. 2021.

SEYEDI, Mahdieh. **The legal structure of interpol**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Near East University, Nicosia, 2016. Disponível em: <http://docs.neu.edu.tr/library/6412236721.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

SILVA. Ricardo Sidi Machado da. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

STF. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51/DF. **Ata de Audiência Pública sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior**, 10/02/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADC51Transcricoes.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

TEIXEIRA. Tarcísio. **Direito digital e processo eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

U.S. CODE. 18 U.S. Code § 2702 - Voluntary disclosure of customer communications or records. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2702>. Acesso em: 26 mar. 2021.

United Nations Office on Drugs and Crime. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**. Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/convencao.html>. Acesso em: 10 mar. 2021.