



Revista Brasileira de Direito Processual

Penal

E-ISSN: 2525-510X

revista@ibraspp.com.br

Instituto Brasileiro de Direito Processual

Penal

Brasil

Gonzatti da Silva, Ana Paula

Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional:
Brasil e Estados Unidos

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 5, núm. 2, mayo-agosto, 2019, pp. 659
-702

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971415005>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc

Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional: Brasil e Estados Unidos

Electronic communication data, jurisdiction and international legal cooperation: Brazil and United States

Ana Paula Gonzatti da Silva¹

Universidade de Coimbra - Portugal

gonzzattii@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/832239799460002>

 <https://orcid.org/0000-0003-0443-0457>

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo saber se é necessário recorrer aos mecanismos de cooperação jurídica internacional para obtenção de dados que se encontram sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior. Para tanto, inicialmente, traça-se um breve panorama da cooperação jurídica internacional (do que e por que se fala). Após, busca-se saber quais são os parâmetros para que uma pessoa jurídica esteja sob determinada circunscrição jurisdicional, de modo a definir se será ou não necessário ativar os mecanismos interetáticos. Em seguida, aborda-se, mais precisamente, aspectos do auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos e as especificidades na legislação americana relativas à proteção de divulgação de dados. Faz-se, diante do cenário trabalhado, ponderações críticas caso os trâmites de cooperação jurídica internacional não sejam seguidos. Em um último momento, busca-se trazer propostas para que os ditames do

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito penal e processual penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico (vinculado à Universidade de Coimbra). Graduada em Direito pela URG (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Pesquisadora convidada nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Gottingen. Advogada (OAB/RS 89.257).

direito internacional, em especial a soberania, sejam respeitados.

PALAVRAS-CHAVE: Dados de comunicação privada eletrônica; Jurisdição; Cooperação jurídica internacional; Brasil; Estados Unidos.

ABSTRACT: *This study aims to find out if it is necessary to resort to international legal cooperation mechanisms to obtain data which are under control internet application providers established abroad. Therefore, initially, draws up a brief overview of international legal cooperation (about what and why we spoken). After, seeks to know what the parameters are for that particular entity is determined under national jurisdiction, in order to determine whether or not it is necessary to activate the mechanisms of international legal cooperation. Next, more specifically, aspects of the mutual legal assistance treaty between Brazil and the United States and the specificities in the American legislation regarding the protection of disclosure of data are discussed. In the face of this scenario, critical considerations are made if international legal cooperation procedures are not followed. Finally, it seeks to bring proposals so that the norms of international law, especially sovereignty, are respected.*

KEYWORDS: *Electronic communication data; Jurisdiction; International legal cooperation; Brazil; United States.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: breves considerações; 1.1 Conceito de cooperação jurídica internacional; 1.2 Razões que levam os Estados a cooperar; 2 Da circunscrição jurisdicional dos dados de comunicação privada; 3 Particularidades envolvendo Brasil e Estados Unidos; 3.1 Auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos (MLAT); 3.2 Proteção de divulgação de dados no direito norte-americano; 3.1 Importância do estudo; 3.2 Cloud Act e as alterações no Stored Communications Act; 4. Ponderações críticas; 5. Propostas; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Ouve-se, cada vez mais, falar em cooperação jurídica internacional em matéria penal. A chamada internacionalização do crime e a celeridade da sociedade mundial contemporânea impulsionaram a criação de novos

mecanismos de colaboração como resposta eficaz aos delitos, visto que os meios clássicos cooperacionais já não respondiam à dinâmica e à rapidez exigidas pela pós-modernidade.

Curiosamente, em que pese a desburocratização dos trâmites e a consequente agilidade trazidas pelos novos instrumentos, corre, desde 2017, uma ação direta de constitucionalidade, cujo objeto é, justamente, a cooperação jurídica internacional (ADC 51). A Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional) busca a declaração de constitucionalidade do Decr. 3.810/2001², do art. 237, II, do Código de Processo Civil e dos art. 780 e 783, do Código de Processo Penal, no que concerne aos procedimentos de cooperação jurídica internacional voltados à obtenção de dados de comunicação privada que estejam sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior.

Cumpre lembrar, ainda, que as origens da ADC 51 decorrem de divergência jurisprudencial: alguns tribunais entendem necessária a assistência jurídica em tal hipótese³, ao passo que outros não a reputam obrigatória em virtude de as companhias em questão possuírem filiais em território brasileiro, assim como os dados de comunicação terem origem brasileira e os comunicantes serem brasileiros⁴. Para os filiados à segunda corrente,

² O Decr. 3.810/2001 promulgou 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.

³ Neste sentido, a título ilustrativo, os seguintes julgados: Acórdão n.1072048, 20170020205912MSG, Relator: Jair Soares, Câmara Criminal do TJDF, Data de Julgamento: 29/01/2018, publicado no DJE: 06/02/2018. Pág.: 176/177; Acórdão n.1020417, 20160020295498MSG, Relator: Romão C. Oliveira, Câmara Criminal do TJDF, Data de Julgamento: 15/05/2017, publicado no DJE: 31/05/2017. Pág.: 102/103; Acórdão n.1396365-4/02, Relator: Arquelau Araujo Ribas, 3^a Câmara Criminal do TJPR, Data do Julgamento: 30/06/2016, Fonte/Data da Publicação: DJ: 1860 10/08/2016; Acórdão n.1396365-4, Relator: Arquelau Araujo Ribas, 3^a Câmara Criminal do TJPR, Data do Julgamento: 19/11/2015, Fonte/Data da Publicação: DJ: 1704 04/12/2015

⁴ Neste sentido, igualmente a título exemplificativo, os seguintes julgados: Mandado de Segurança n. 0014383-90.2014.8.19.0000, Relator Marcus Basilio, 1^a Câmara Criminal do TJRJ, Data de julgamento: 12/08/2014, Data de publicação: 14/08/2014; Acórdão no Inquérito 3.990, origem Distrito Federal, Relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma do STF, Data do Julgamento 14/03/2017,

basta ser feita uma requisição à filial brasileira e esta deve providenciar o seu cumprimento, sob pena de aplicação de sanções de cunho coercitivo.

Embora pendente de julgamento e com espectro restrito à declaração de constitucionalidade de normas específicas, a ADC 51 traz à baila importantes questionamentos envolvendo os próprios fundamentos da cooperação jurídica internacional e, em especial, do auxílio direto. Igualmente, surgem fundadas dúvidas diante das substanciais modificações na legislação norte-americana que trata divulgação (voluntária ou obrigatória) da dados armazenados, comunicações eletrônicas e registros transnacionais por provedores provados de internet (*Stored Communications Act*). Isso porque uma das normas alvo da ADC 51 é o Decr. 3.810/2001, que internalizou o tratado de assistência judiciária com o Governo ianque.

Como é possível notar em poucas linhas, o tema é permeado de controvérsias de distintas naturezas, mas que convergem para a mesma pergunta: caso o Estado brasileiro deseje obter informações controladas por empresa (*sob jurisdição*) estrangeira mas que possui filial em seu território, há um dever jurídico de fazer uso dos mecanismos de cooperação jurídica internacional (em especial MLATs) ou pode ele, simplesmente, endereçar uma requisição à empresa? Interessante notar, entretanto, que a interrogação central do debate é, necessariamente, precedida da seguinte discussão: os dados de comunicação privada em debate estão sob jurisdição brasileira ou estrangeira? E mais: poderia a empresa (*sob jurisdição*) estrangeira entregar voluntariamente os dados à autoridade nacional, sem a utilização de qualquer trâmite de cooperação jurídica internacional? Se sim, poderiam estes dados serem utilizados e valorados em processo penal brasileiro?

O manancial de perguntas relacionadas `a temática é a mola propulsora do presente estudo. Propomo-nos analisar o assunto traçando, inicialmente, um breve panorama da cooperação jurídica internacional (do que e por que se fala). Feito isso, busca-se saber quais são os parâmetros para que uma pessoa jurídica esteja sob determinada circunscrição jurisdicional, de modo a definir se será ou não necessário ativar os

Data da Publicação DJE 02/06/2017 - ATA Nº 81/2017. DJE nº 116, divulgado em 01/06/2017; MS 33.751, Relator: Edson Fachin, Primeira Turma do STF, DJe de 31.03.2016; RHC n.67.558/RJ, Sexta Turma do STJ, DJe 21.10.2016.

mecanismos interetáticos. Em seguida, aborda-se, mais especificamente, aspectos do auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos e as especificidades na legislação americana relativas à proteção de divulgação de dados. Faz-se, diante do cenário trabalhado, ponderações críticas caso os trâmites de cooperação jurídica internacional não sejam seguidos. Em um último momento, busca-se trazer propostas para que os ditames do direito internacional, em especial a soberania, sejam respeitados.

1 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O cerne do debate circunscreve-se em saber se se fazem necessários procedimentos de cooperação jurídica internacional - em especial o MLAT entre Brasil e Estados Unidos - voltados à obtenção de dados de comunicação privada que estejam sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior. Sendo assim, interessante, em um primeiro momento, traçar linhas gerais do instituto (do que se fala), compreender os motivos que fomentaram o seu surgimento (por que se fala). É o que se passa a discorrer, ainda que de forma breve e sem qualquer pretensão exaustiva.

1.1 CONCEITO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL⁵

A cooperação jurídica internacional interestatal em matéria penal (também chamada de horizontal ou interetática⁶) pode ser conceituada

⁵ Interessante notar que existem dois tipos de cooperação jurídica internacional em matéria penal: a horizontal e a vertical. A horizontal se dá entre Estados, igualmente soberanos. Um Estado solicita a realização de um ato jurídico por outro Estado. Já a cooperação vertical é fruto das novas jurisdições penais criadas no século passado. Ela ocorre entre uma organização inter/supranacional (jurisdição não estatal) e Estados (jurisdição estatal), inexistindo para o requerido poder discricionário de decidir se coopera ou não. No presente trabalho trataremos apenas da cooperação jurídica internacional entre Estados, de modo que toda referência à cooperação jurídica internacional dirá respeito à interestatal.

⁶ Nas relações internacionais em que figuram somente entre os Estados, uso do termo interetático como adjetivo “(...) est plus précis que ‘international’. Il

como um conjunto de procedimentos que visa possibilitar ou facilitar o exercício da ação penal numa dada jurisdição estatal^{7,8} (jurisdição requerente/parte ativa) através da prática de certos atos jurídicos promovidos por e em outra jurisdição estatal (jurisdição requerida/parte passiva).

Os atos cooperacionais são realizados para viabilizar (possibilitando ou facilitando) o *ius puniendi* através de uma ação penal⁹, permitindo a persecução e a repressão de infrações por parte do Estado requerente¹⁰.

permet ainsi de designer strictement des rapports entre États par opposition aux rapports se formant avec d'autres sujets de droit international" (1). Contudo, como o presente trabalho versará apenas sobre cooperação internacional de caráter interestatal, sempre que for usado o termo internacional, entenda-se "entre Estados". (1) SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit International public*. Bruxelas: Bruylant, 2001, p. 599.

⁷ O termo jurisdição aqui é empregado para distinguir as jurisdições de dois ou mais Estados. Nesse sentido, o termo abarca jurisdição estatal pessoal (sobre seus cidadãos e com as consequentes obrigações de respeito que recaem sobre terceiros) e a jurisdição estatal territorial (sobre outras pessoas que se encontrem em espaços sujeitos à sua jurisdição estatal ou sobre direitos abrangidos por esta relativos ao seu território e aos espaços submetidos essencialmente ao mesmo regime jurídico). BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Vol II. Coimbra: Almedina, 2004, p. 133.

⁸ Para uma apreciação das diferentes acepções do termo jurisdição, conferir em CAEIRO, Pedro. Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos tribunais penais internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 17 e 18 e em PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2002, p. 19.

⁹ Ação penal é “(...) apenas o poder-dever que compete ao M.P., e em que podem participar em certos termos alguns particulares, de submeter a julgamento jurisdicional a acusação de uma infração criminal” (1). Ela decorre da proibição de auto aplicação do *ius puniendi* pelo Estado, sendo o seu exercício meio para sancionar quem viola as normas penais matérias (2). É através dela que o Estado verifica a presença das condições do *ius puniendi*, de forma a determinar qual a sanção penal cabível. Portanto, para que configure a cooperação jurídica internacional em matéria penal, o ato tem que sevir para uma imputação criminal. (1) NEVES, A. Castanheira. *Sumário de processo criminal*. Coimbra: Dactilografado por João Abrantes, 1968, p. 85. (2) JARDIM, Afrâncio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3^aEd. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 34.

¹⁰ ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 2. Ed. Bruxelas: Bruylant, 2004, p. 5.

Possui, desse modo, uma função acessória ao processo penal¹¹. Embora todo o esforço entre os cooperantes (seja na fase preliminar, seja na fase processual) vise, em última análise, à efetivação da Justiça Penal, não é sua finalidade apurar a responsabilidade penal¹²; não é meio para tanto¹³.

1.2 RAZÕES QUE LEVAM OS ESTADOS A COOPERAR

A cooperação jurídica possui uma longa tradição¹⁴, não sendo um tema novo. De um modo geral, constata-se que seu escopo principal é o de evitar a impunidade¹⁵ que a internacionalização do crime e a barreira da soberania favorecem. Desde o século XIX, são notórias a facilitação do tráfego e o desenvolvimento de intercâmbios internacionais¹⁶. A criminalidade passou a ter gradativamente a sua ação alargada para além das fronteiras, de forma que a visão de um processo penal com intervenção única e exclusiva do tribunal nacional foi alterada pela realidade de um processo com dimensão transnacional¹⁷. A conexão de um fato criminoso com diferentes ordenamentos

¹¹ AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika Maleen. Begriff der internationellen Rechtshilfe in Strafsachen. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrgs.). *Rechtshilferecht in Strafsachen*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 58.

¹² MEYER, Frank. Grundsstrukturen der Rechtshilfe in strafaschen: Besonderheiten Schweiz. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrgs.). *Rechtshilferecht in Strafsachen*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 135.

¹³ MARTINS, Teresa Alves. Um guia de auxílio judiciário mútuo em material penal. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. A. 32, n. 128, p. 321-355, out/dez 2011, p. 322.

¹⁴ GLESS, Sabine. *Internationales Strafrecht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, p. 68.

¹⁵ Como bem lembra Kai Ambos, impunidade significa ausência de castigo (em oposição aos termos impunibilidade, imputabilidade e/ou imunidade). AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2^a Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 33.

¹⁶ ROUX, Jean-André. L'Entr'aide des États dans la lutte contre la criminalité. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 36, 1931, p. 89.

¹⁷ MARTINS, p. 322.

jurídicos¹⁸ é um fenômeno que tem aumentado vertiginosamente com a globalização¹⁹.

Lidar com a criminalidade exclusivamente a nível nacional passou a ser tarefa inglória²⁰. Os Estados, isoladamente, não são

¹⁸ MARTINS, p. 322.

¹⁹ Importa ressaltar que internacionalização do crime não é sinônimo de crime internacional. Os crimes podem ser comuns ou internacionais. Os últimos violam instrumentos jurídicos internacionais (1), constituindo os “(...) crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto” (2). Assim, conforme ensina Antonio Cassese, crimes internacionais são os atos que, cumulativamente: a) violam normas costumeiras de direito internacional; b) esses costumes são considerados importantes para todas a comunidade internacional (Estados e indivíduos); c) há um interesse universal na repressão desses atos, e d) ainda que os atos tenham sido cometidos por sujeito na qualidade de chefe de Estado, ele não está sujeito às imunidades de jurisdição decorrentes do cargo (3). Já os crimes comuns violam normas penais estatais, subdivindindo-se naqueles com caráter estritamente nacional e naqueles que tem elementos de conexão com outros países. Esse vínculo interestatal decorre do seu caráter transnacional, cujos elementos de conexão estão arrolados na Convenção de Palermo (4), ou da existência de elementos de conexão do ato delitivo entre diferentes jurisdições estatais que não são suficientes para configurar a transnacionalidade. Quando nos referimos à internacionalização do crime, utilizamos o termo para designar aquelas condutas criminosas que possuem elementos de conexão com outros Estados, mas que não são crimes internacionais. (1) DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. 2^a Ed. Coimbra: Almedina, p. 109. (2) Caso não perturbem toda a comunidade internacional, ainda que graves, não serão considerados crimes internacionais. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-critica*. Coimbra: Almeidina, 2008, p. 267. (3) CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford, 2003, p. 23-24. (4) Conforme o art. 3, 2 da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional – Convenção de Palermo, uma infração penal possui caráter transnacional quando: “a) for cometida em mais de um Estado; b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.”

²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal? *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 191.

capazes de um combate eficaz contra o crime internacionalizado²¹. Isso porque, em respeito à soberania, uma entidade estatal não tem como ordenar que determinado ato seja realizado dentro da esfera de outro Estado (consagração do princípio *par in parem non habet imperium*²²). Paralelamente, e em decorrência do mesmo princípio, não é possível uma jurisdição (ela própria) obrar no seio da outra, tendo em vista a inviolabilidade territorial (princípio da territorialidade)²³. Desse modo, sempre que uma jurisdição “A” necessitar realizar uma atividade em local de competência de uma jurisdição “B”, deve “A” solicitar a “B” a realização da medida. “A” depende da cooperação (auxílio) de “B”.

A cooperação internacional é, assim, imprescindível para a solução das demandas criminais que carecem de elementos (provas, indivíduos, etc.) e que se encontram em outra circunscrição jurisdicional (território)²⁴. Frente ao novo paradigma da política criminal - a internacionalização do

²¹ TRAVERS, Maurice. *Les effets internationaux des jugements répressifs. Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 4, 1924, p. 465.

²² É claro que a igualdade decorrente do referido princípio reflete uma paridade jurídica, mas não necessariamente material, gerando, às vezes, injustiças. DECAUX, 1999, p. 82-83.

²³ SCHUSTER, Frank Peter. *Verwertbarkeit im Ausland gewonner Beweise im deutschen Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 24.

²⁴ Como bem destaca João Miguel Figueiredo, um pedido de extradição (e pensamos que a mesma lógica vale para os demais modalidades de cooperação) pode ser realizado “não apenas quando a pessoa em causa se encontra no território da entidade que recebe o pedido como quando se encontra em qualquer outro espaço sobre o qual ela possa exercer a respectiva jurisdição, mesmo que objetivamente, não possa ser configurado como o seu território: pense-se. Por exemplo, nos navios com pavilhão da entidade requerida. Em segundo lugar, porque existem entidades que, não sendo soberanas – nem, por conseguinte, titulares do território onde o extraditando se encontra – exercem jurisdição sobre esse território, constituindo-se por essa via em destinatárias idóneas de pedido de extradição: veja-se novamente, a título de exemplo, a Região Administrativa Especial de Macau” (1). No presente trabalho, entretanto, sempre que nos referirmos a território estatal, faz-se referência também a circunscrição jurisdicional de caráter estatal. (1) FIGUEIREDO, José Miguel. A extradição activa na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. In: CAEIRO, Pedro (Coord.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 15.

crime devido à globalização²⁵ -, o quadro cooperacional interestatal tem evoluído muito nas últimas décadas, tanto no que se refere às modalidades de cooperação, quanto à intensidade²⁶.

Como restou demonstrado, a necessidade de cooperação jurídica internacional coloca-se justamente quando um Estado não possui jurisdição sobre determinado(s) elementos(s), necessitando assim recorrer aos préstimos de um Estado estrangeiro para alcançá-lo(s) e deslindar a lide penal nacional. A questão, assim, está intrinsecamente ligada em saber qual o Estado que tem, diante de tais elementos, o poder para exercer *imperium*, isto é, quem está legitimado não apenas para ordenar (competência material), mas sim também a quem (competência pessoal) e onde deve ordená-lo (competência local)²⁷.

A mola propulsora de um pedido de cooperação é, deste modo, a falta de circunscrição jurisdicional de um Estado (legitimado) sobre

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 15.

²⁶ Conforme João Marcello de Araújo Júnior, até o século XIX, “a cooperação internacional na luta contra o crime limitava-se a algumas poucas regras sobre extraterritorialidade e a outras sobre extradição, que, em nosso País, surgiu em 1847”. ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de condenados. Execução de Sentença Penal Estrangeira. Novo Conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, p. 105-115, 1995, p. 106.

²⁷ Acompanhando Pedro Caeiro, entendemos por jurisdição em matéria penal “o poder legítimo de determinar (em abstracto e em concreto) as condutas criminalmente relevantes”. Tal conceito, conforme o referido autor, possui três modos de concretização, segundo classificação da doutrina anglo-saxônica: *jurisdiction to prescribe* (poder legítimo que um Estado, ou ente legítimo, tem de emanar normas penais, determinando o que é proibido e o alcance da proibição), *jurisdiction to adjudicate* (poder de órgãos juridicamente legitimados aplicarem a determinado fato uma norma, definindo-o juridicamente) e *jurisdiction to enforce* (poder de dar vigência a determinadas decisões, realizado normalmente através de atos materiais). CAEIRO, Pedro. *Fundamentos, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010, p. 41 e segs. Importa dizer que a cooperação jurídica internacional está relacionada com a jurisdição judicativa, porque chama a autoridade competente a lidar com fatos e os classificar, relacionando-se com o poder de sujeitar pessoas e coisas a procedimentos judiciais.

determinada pessoa ou em determinado território. Por lógica, é dispensável apenas nos casos em que o(s) elemento(s) visados por um Estado encontram-se dentro de seu espectro jurisdicional.

2 DA CIRCUNSCRIÇÃO JURISDICIONAL DOS DADOS DE COMUNICAÇÃO PRIVADA

Feitas estas considerações iniciais sobre a cooperação jurídica internacional, resta-nos, agora, saber sob qual jurisdição encontram-se os dados de comunicação privada.

Os defensores da dispensabilidade da cooperação jurídica internacional alegam que se trata de uma filial da pessoa jurídica estrangeira. Invocam, assim, o art. 21 do Código de Processo Civil²⁸ e o art. 1.126 do Código Civil²⁹, concluindo que a empresa se submete à autoridade judiciária brasileira em relação aos serviços prestados a brasileiros. Da mesma sorte, valem-se do previsto no art. 11 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do Marco Civil da Internet)³⁰. Tendo em vista os dispositivos legais referidos, inferem que a filial representa a rede

²⁸ 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.

²⁹ Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração. Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

³⁰ Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

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

internacional de relacionamentos e que, portanto, “deve responder pelo descumprimento de ordem judicial, ainda que as informações a ela requisitadas não estejam imediatamente a seu alcance, mas, em poder das empresas que a constituíram para atuar no Brasil”³¹. Entendem, deste modo, incidir o espectro da jurisdição brasileira sobre os dados de comunicação privada.

Somos tentados, a partir de uma leitura mais apressada dessas normas, a espousar o raciocínio aludido. Entretanto, se feita uma apreciação pormenorizada e em conjunto com outros preceitos legais e doutrinários - especialmente competência pessoal brasileira- a visão sobre a questão tende a modificar-se substancialmente.

Neste sentido, a nacionalidade da empresa³² que controla os dados de comunicação é um tópico intransponível que, salvo melhor juízo, mereceria um pouco mais de reflexão à luz do ordenamento jurídico nacional. Isto porque os provedores, enquanto sociedades, dependem

§ 2º O disposto no caput aplica-se 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.

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

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

³¹ MS 33.751, Relator: Edson Fachin, Primeira Turma do STF, DJe de 31.03.2016; RHC n.67.558/RJ, Sexta Turma do STJ, DJe 21.10.2016

³² Como lembra João Grandino Rodas, dentre os diversos critérios doutrinários são utilizados para atribuição de nacionalidade à pessoa jurídica, destacam-se: o da autonomia da vontade, o da teoria da autorização, o da constituição ou da incorporação, o da lei de constituição, o do lugar da constituição, o da nacionalidade dos sócios ou dos acionistas, o da sede ou domicílio social, e o do centro de exploração. Salienta o Autor, ainda, que o exame comparativo demonstra que em nenhuma época foi possível a utilização de apenas um dos critérios em estado puro, verificando-se, apenas, o uso de um critério preponderante, mas sempre coadjuvado por, no mínimo, um outro. RODAS, João Grandino. *Sociedade comercial e Estado*. Prefácio Fábio Konder Comparato. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Saraiva, 1995, p. 418.

de sua lei nacional, sendo essencial determinar a sua nacionalidade para descobrir qual lei deve reger o seu estatuto jurídico³³.

Nesta acepção, conforme o art. 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁴, as pessoas jurídicas devem obedecer às leis do Estado em que se constituírem. Mais. Segundo o citado art. 1.126 do Código Civil brasileiro, é considerada nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração³⁵. Por outras palavras: a nacionalidade da pessoa jurídica dá-se em função do local de constituição da sociedade e onde mantém a sua sede real e efetiva (e não simplesmente nominal ou fictícia)³⁶. Em sentido oposto, a sociedade será estrangeira quando a sua sede estiver fora do território nacional e a sua constituição e organização estiverem sob a égide de lei estrangeira.

Por suposto que a nacionalidade da pessoa jurídica guarda, até certo ponto, relação com a sua proveniência. Mas a qualidade de pessoa estrangeira fundamenta-se, especialmente, “na relação de subordinação em que se encontra com o Estado que lhe deu origem, e a considera

³³ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5^a ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 434.

³⁴ 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.

§ 2º Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação.

§ 3º Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

³⁵ Importa lembrar que a nacionalidade das pessoas jurídicas pode ser aferida de distintas maneira. Conforme Modesto Carvalhosa, três são os principais sistemas utilizados: a) local da constituição da sociedade (local onde a sociedade foi fundada); b) local da sede social; c) local onde se encontra o controle econômico. CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195), volume 13. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 554.

³⁶ CARVALHOSA, 2003, p. 562.

existente, como realidade jurídica, na extensão de sua competência, com a qualidade de súdito próprio, nacional, permanente"³⁷. A sociedade, assim, adquire nacionalidade se observar as prescrições legais de determinado país e será a este país que estará sempre vinculada³⁸. Destarte, "uma sociedade constituída no estrangeiro é uma sociedade estrangeira, pertence ao Estado em que se constituiu e assim permanece por toda a sua duração"³⁹; sequer a vontade dos sócios é capaz de modificar a sua nacionalidade. Analogicamente, tampouco os Estados podem modificar a sua nacionalidade.

É claro que não se pode confundir o reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira com o seu funcionamento em nosso território. O primeiro decorre exclusivamente da lei de sua nacionalidade; o segundo diz respeito às situações em que esta pessoa deseja aqui se instalar por meio de filial, agência ou estabelecimento e que, portanto, "deverá submeter seus atos constitutivos a nossas autoridades, *ficando sujeita à lei brasileira no que tange a seu funcionamento em nosso país*"⁴⁰. Fixa-se, então, apenas a competência da lei domiciliar, não havendo qualquer nacionalização da pessoa jurídica estrangeira⁴¹.

Isso implica, por consequência lógica, que as pessoas jurídicas estrangeiras, em verdade, não se submetem à lei brasileira, pois o seu vínculo permanece com o país onde foram constituídas. Unicamente as filiais, agências ou estabelecimentos, em virtude da competência da lei domiciliar, sujeitam-se aos ditames legais tupiniquins. A constituição de uma filial aqui no Brasil faz com que apenas esta filial, que possui personalidade jurídica própria e distinta da sua matriz, esteja sob o véu da legislação brasileira. Não tem, de maneira alguma, o condão de arrastar para o manto legal nacional a matriz sob o aspecto da competência pessoal.

³⁷ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 5^a ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 334.

³⁸ CARVALHOSA, 2003, p. 564.

³⁹ CARVALHOSA, 2003, p. 612.

⁴⁰ DOLINGER, p. 451. (Grifo nosso)

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 11^a ed. adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 331.

Da mesma sorte, não pode ser evocada qualquer competência territorial sobre os dados. Como é sabido, tendo em vista o paradigma Estado soberano/território/*ius puniedi*, o Estado pode dirigir livremente as suas prescrições a quem se encontra em seu território⁴². No caso em comento, a sede localiza-se em outro território: o americano.

E aqui, ao que nos parece, centra-se o busílis da ADC 51. Tendo em vista que os dados se encontram sob guarda da matriz, que continua sendo estrangeira e se encontra no estrangeiro, inexiste jurisdição brasileira sobre eles tanto sob o aspecto da competência pessoal como da territorial.

Igualmente, não podemos sucumbir ao canto das sereias, invocando o art. 21 do Código de Processo Civil para solução do caso, em especial o parágrafo único. O referido dispositivo faz referência à competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar as ações cuja ré seja pessoa jurídica estrangeira domiciliada no Brasil, ou seja, nos casos em que possui filial, agência ou sucursal aqui. Perceba-se que tal dispositivo diz respeito a situações que envolvem a sociedade estrangeira como ré de uma ação. Mas o caso em questão é diferente. O que está em causa é a competência para angariar provas (dados de comunicação) que se encontram sob a jurisdição de outro Estado amparados no argumento de que a filial da empresa estrangeira possui domicílio no Brasil.

Perceba-se, entretanto, que são coisas com matrizes distintas. De um lado existe a ação (processar e julgar); de outro, a capacidade de buscar elementos que dão substrato ao processo e que se encontram no estrangeiro. O art. 21 do CPC não autoriza - e nem poderia-, que a competência para processar e julgar abarque também a prática de atos jurídicos em outra jurisdição (competência pessoal e territorial).

Assim sendo, a alegação de que os dados de comunicação privada foram trocados em território brasileiro e por pessoas aqui residentes não é suficiente para conferir a jurisdição brasileira sobre eles. A jurisdição deve ser aferida em relação à pessoa jurídica e ao território no qual se encontram os elementos de comunicação. E, relativamente a estes dois, no presente caso, inexiste jurisdição brasileira. Da mesma sorte, o fato

⁴² CAEIRO, 2010, p. 355.

de uma autoridade brasileira autorizar a interceptação das comunicações não confere poder jurisdicional sobre coisas e pessoas submetidas a outra jurisdição. Isto, conforme aferido inicialmente, se trata de um procedimento interno.

Tendo em vista o cenário apresentado, temos as maiores dúvidas de que uma autoridade brasileira possa impor (legitimamente) a uma empresa estrangeira que entregue os dados de comunicação privada sob o seu controle. Por decorrência lógica, já que os dados se encontram sob custódia da empresa estrangeira, não pode a filial ser compelida a entrega-los. Somente seria válido tal raciocínio caso os dados estivessem sob tutela de empresa sob o manto jurisdicional brasileiro, no caso, as filiais em questão.

3. PARTICULARIDADES ENVOLVENDO BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Embora o presente estudo tenha por questionamento central saber se é necessário recorrer aos mecanismos de cooperação jurídica internacional na obtenção de dados que se encontram sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior, como a discussão na Corte Constitucional Brasileira tem como parâmetro normativo concreto o Decr. 3.810/200 - que internalizou o tratado de auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos- trataremos mais especificamente deste instrumento e das peculiaridades do direito americano em relação à divulgação de dados eletrônicos.

3.1 Auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos (MLAT)

Interessante notar que foi firmado, entre Brasil e Estados Unidos, um acordo cujo o objeto é, precisamente, o auxílio direto em matéria penal (mais conhecido como *Mutual Legal Assistance Treaty* ou MLAT). Desde então, os procedimentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre estes dois países têm sido desburocratizados, por meio da comunicação direta entre as chamadas autoridades centrais. Diminuíram, de forma considerável, os prazos de cumprimento das solicitações de cooperação, ao mesmo tempo que aumentou o êxito dos

procedimentos interetáticos desta natureza. Igualmente, escassearam os casos de nulidade probatória no processo principal.

O auxílio direto se dá quando o Estado requerido assume o papel de promotor do pedido de cooperação⁴³, apresentando-o ao órgão competente para tanto (judicial ou administrativo⁴⁴), após um prévio exame da conformidade do objeto da requisição com o ordenamento jurídico interno e externo, de tal sorte que o requerido assume a responsabilidade da execução do pedido como se seu fosse.

Nesse sentido, a Secretaria Nacional da Justiça, órgão vinculado ao Ministério da Justiça do Brasil, aduz que a cooperação jurídica *stricto sensu* (auxílio direto)

Configura-se como uma solicitação estrangeira que, se estiver em conformidade com as formalidades do Estado requerido, será recebida em seu ordenamento jurídico como se nacional fosse. (...) As Autoridades Centrais ficarão encarregadas de apresentar e receber, normalmente por comunicação direta entre elas, os pedidos de auxílio jurídico direto⁴⁵.

Dessa forma, no auxílio direto é possível a “cognição plena”⁴⁶, visto não se tratar, ao promover a medida dentro do Estado requerido,

⁴³ MORO, Sergio Fernando. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: Considerações Gerais. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 23.

⁴⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBÚRCIO, Carmen (Org.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 798.

⁴⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2^a Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009, p. 67.

⁴⁶ TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009, p. 26.

da execução de um pedido estrangeiro, e sim de uma solicitação da autoridade do próprio requerido⁴⁷ ⁴⁸. O País requerido não fica limitado à concessão do *exequatur* (realizada após juízo de deliberação⁴⁹), podendo atuar de maneira ativa. Claro, nesse sentido, o art. 28 do NCPC

⁴⁷ Poderíamos comparar o grau de cognicibilidade do auxílio direto àquele presente no sistema das comissões consulares. Esse último sistema era adotado pelos países da *Common Law*, tendo como responsável por pleitear as diligências necessárias (para o Estado no qual corria o processo principal) frente a autoridade local o cônsul (1). Portanto, como era um procedimento pleiteado diretamente às autoridades estrangeiras (em relação ao país que precisa das medidas), a cognição também podia ser plena. Nota-se, portanto, que, em ambos, as diligências são dirigidas diretamente pelo no país estrangeiro onde as medidas devem ser efetuadas. Todavia, com a diferença de que não é uma autoridade do país estrangeiro (Autoridade Central requerida) que pede a realização da medida a uma autoridade local, mas o consul, quando pelo sistema consular. (1) PINTO, Lambertini. *Cartas Rogatórias: Estudo crítico e elucidário prático para a execução das rogatórias portuguezas no Brasil, Espanha, França e Inglaterra*. Lisboa: Typographia e Stereotypia Moderna, 1898, p. 29.

⁴⁸ Caso trate-se da execução de decisão estrangeira, o mecanismo adequado poderá ser a carta rogatória ou a homologação de decisão estrangeira. A redação do art. 40 do NCPC é clara ao afirmar que “a cooperação jurídica internacional para execução de decisão estrangeira dar-se-á por meio de carta rogatória ou ação de homologação de sentença estrangeira, de acordo com o art. 960”. Duas ressalvas quanto aí referido artigo são cabíveis. A primeira é que o termo homologação de sentença estrangeira deve ser entendido, na verdade, como decisão estrangeira. O entendimento restritivo do termo, conforme alerta Teresa Arruda Alvim Wambier *et al*, geraria uma imprecisão, já que o art. 960 do NCPC usa o termo mais amplo (à ação de homologação de decisão estrangeira), que abrange a decisão interlocutória estrangeira e a decisão arbitral estrangeira (1). A segunda observação é uma mera alusão ao óbvio: nos casos de decisão penal estrangeira, deve-se seguir inicialmente o disposto nas leis processuais penais; o disposto nas leis processuais civis tem caráter suplementar. (1) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; COINCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

⁴⁹ Conforme Boni de Moraes Soares, “(...) os elementos que compõe o juízo de deliberação giram em torno da preservação dos princípios gerais do ordenamento do Estado em que se pretende executar o ato jurisdicional estrangeiro, sem que haja análise de fundo sobre o bem da vida exposto em julgamento”. SOARES, Boni de Moraes. Um réquiem ao velho juízo de deliberação: cognição no direito processual internacional brasileiro. In: RAMOS, André

Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil.

Diferentemente da cooperação penal tradicional - cuja visão que se tem é de um ato de soberania envolvendo necessariamente o poder político e as vias diplomáticas, com o aval do executivo e a intervenção judiciária⁵⁰-, o auxílio direto caracteriza-se por um conjunto de medidas que busca a simplificação e a aceleração de procedimentos necessários à perseguição criminal e à realização das finalidades do processo, bem como a execução de atos necessários à apreensão ou à recuperação de instrumentos, objetos ou produtos da infração⁵¹.

Neste ponto, as chamadas autoridades centrais desempenham um papel fundamental. Uma Autoridade Central (AC) é, em consonância com Wladimir Aras, “um órgão técnico especializado, em regra não jurisdicional, que se encarrega da interlocução internacional em matéria de cooperação jurídica em matéria civil e penal”⁵². No âmbito cooperacional, pode a AC “atuar em pedidos que vão desde uma simples comunicação de atos processuais até a obtenção de uma decisão judicial para atender aos interesses do outro Estado”⁵³.

de carvalho; MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 62.

⁵⁰ AZPARREN, Agustín Lucas; GUTIERREZ, Ángeles Zarza; MOTA, José Luis Lopes da. *El espacio judicial europeo: cooperación judicial civil y penal: código de normas*. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 24.

⁵¹ ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a convenção de auxílio judiciário mútuo em matéria penal de 29 de Maio de 2000. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa, A. 31, Nº 124, p. 89-113, 2010, p. 101.

⁵² ARAS. Vladimir. O Papel da Autoridade Central nos Acordos de Cooperação Penal Internacional. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 73.

⁵³ TUMA JÚNIOR, Romeu. Autoridade central e o seu papel na cooperação jurídica internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2^a Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009, p. 16-15.

Por ser um órgão especializado em auxílio direto, possibilita que os pedidos, tanto passivos como ativos, possam ser realizados de maneira mais rápida, pois ela conhece os trâmites a serem seguidos, que estão esparsos em tratados e legislações (internas e alienígenas). Ela reflete uma ótima resposta a um problema apontado ainda no final do século XIX, por Lambertini Pinto, exposto da seguinte forma:

Uma das conclusões a que havia chegado foi que uma das principais causas da demora no cumprimento, ou mesmo do não cumprimento, das rogatórias portuguezas é, não a via diplomática tão injustamente acusada, e que vale bem pelos benefícios que dispensa o ligeiro atraso que, em regra, ocasiona, *mas, principalmente, o desconhecimento que os pleiteantes, ou quem os representa e ainda, às vezes os próprios tribunaes deprecantes, têm de determinados preceitos de lei e usos dos tribunais dos outros paizes, que é indispensável observar antes da expedição das mencionadas rogatórias e durante a sua execução*. Por consequência orientar todos os que têm de haver-se com a expedição de deprecadas nesses preceitos de lei, que se não acham reproduzidos juntos ou dispersos, em nenhuma das nossas publicações jurídicas (...)⁵⁴. (grifamos)

A culpa da demora no cumprimento, ou mesmo do não cumprimento, de muitas rogatórias que as nossas justiças dirigem às justiças estrangeiras está, em parte, nas dificuldades postas ainda hoje por quasi todos os paizes, apesar dos votos em contrario dos internacionalistas modernos, à execução das rogatórias executórias, e *está principalmente na incúria dos próprios queixosos da transmissão oficial e na sua inobservância de preceitos, leis e usos dos tribunaes estrangeiros que lhes cumpre acatar e em que não pode substituir a sua intervenção directa*⁵⁵. (grifamos)

O fato de a AC ter conhecimento profundo dos requisitos para a concessão do auxílio mútuo no Estado requerido colabora para a celeridade cooperacional. A base de conhecimento de ordenamentos jurídicos de

⁵⁴ PINTO, 1898, p. 9.

⁵⁵ PINTO, 1898, p. 19.

outros Estados⁵⁶ reduz o tempo gasto e aumenta a eficiência dos pleitos, otimizando todo o processo.

Não há a necessidade do uso da via diplomática, através do Ministério das Relações Exteriores. Isso porque as ACs comunicam-se de maneira direta, ou seja, possuem capacidade de interlocução direta com seus congêneres no exterior, sem a necessidade de intermédio de chancelaria alguma^{57 58}. Portanto, há diminuição do número de interlocutores que o pedido deve percorrer desde o seu envio até o seu retorno.

Com a atuação das referidas autoridades, inexiste a necessidade de legalização e autenticação de documentos e de tradução juramentada⁵⁹. O

⁵⁶ SOUZA, Caroline Yumi de. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Considerações Práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Vol.18, n. 71, p. 297-325, 2008, p. 311.

⁵⁷ ARAS, 2010, p. 76. Nesse sentido, clara a redação do art. 31 do NCPC prevê que “A autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado.

⁵⁸ Já em sistemas cujo grau de interação dos países envolvidos é maior, como no caso da União Europeia (UE), ocorre a transmissão direta do pedido entre as autoridades judiciárias competentes para o formular e o executar, com a devolução por igual via (1). Entendemos, contudo, que, no caso brasileiro, a existência da autoridade central é benéfica, porquanto o nível de integração com os países cooperantes não é semelhante ao que ocorre dentro da UE. (1) SIMÕES, Euclides Dámaso. Cooperação judiciária em material penal no seio da União Européia. In *Revista do Ministério Público*, nº 86, Ano 21, p. 99-106, 2001, p. 103.

⁵⁹ A título meramente exemplificativo, o art. 6 do Decr. 862/1993 (“Dispensa de Legalização. Para os fins do presente Tratado, os atos, cópias e traduções redigidos ou autenticados pela autoridade competente de cada Parte, que contenham a assinatura e o timbre ou o selo oficial, estarão isentos de qualquer forma de legalização para serem utilizados perante as autoridades da outra Parte”), art. XXI do Decr. 3.895/2001 (“Autenticação de Documentos e Certificados. Os documentos provenientes de uma das Partes que devam ser apresentados no território da outra e que tramitem por intermédio das Autoridades Centrais, não necessitam autenticação ou qualquer outra formalidade semelhante”) e art. 18 do Decr. 5.721/2006 (“Certificação e Autenticação. 1. Uma solicitação de assistência e a documentação que deverá acompanhá-la, bem como documentos ou outros materiais fornecidos em resposta a essa solicitação, não exigirão qualquer forma de certificação ou autenticação, salvo o previsto no parágrafo 2. 2. Excepcionalmente, a Parte Requerente poderá

selo diplomático é substituído pela chancela da AC⁶⁰ e, consequentemente, serão aceitos os documentos para fins legais. O requerente entenderá que os atos cooperacionais foram praticados em conformidade com as exigências legais do requerido, em decorrência de a AC entregá-los⁶¹.

3.2 PROTEÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE DADOS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

3.2.1 IMPORTÂNCIA DO ESTUDO

Em um primeiro momento, até poderia parecer estranho tratar do tema à luz do direito americano. A discussão, afinal, paira no ordenamento jurídico brasileiro, centrando-se na declaração de constitucionalidade de leis tupiniquins. Entretanto, três são os motivos que impendem tratar a divulgação de dados de comunicação, também, sob uma vertente ianque.

solicitar que documentos, registros ou outros materiais referidos no pedido de assistência sejam transmitidos segundo a forma específica de certificação ou autenticação solicitada, a fim de adequá-los à sua legislação. O pedido será atendido desde que seja admitido pela lei da Parte Requerida"). Por outro lado, a jurisprudência do STJ também é firme neste sentido: "AGRADO REGIMENTAL NA CARTA ROGATÓRIA. EXEQUATUR. HIPÓTESES DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA NACIONAL OU À ORDEM PÚBLICA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA RESOLUÇÃO N. 9/2005/STJ. ALEGADA AUSÊNCIA DE AUTENTICIDADE DOS DOCUMENTOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) II - A tramitação da comissão pela autoridade central brasileira assegura a autenticidade dos documentos e dispensa a tradução juramentada no Brasil." STJ - AgRg na CR 6529, publicado em 26/10/2012; AGRADO REGIMENTAL. CARTA ROGATÓRIA. OFENSA À ORDEM PÚBLICA E À SOBERANIA NACIONAL. INOCORRÊNCIA. (...) 2. A tradução juramentada dos documentos que compõem a comissão, assim como a chancela consular, são desnecessárias quando a tramitação ocorre via autoridade central. (...) STJ - AgRg na CR 1596, publicado em 26/02/2007.

⁶⁰ ARAS, 2010, p. 77.

⁶¹ O art. 41 do NCPC corrobora este entendimento, nos seguintes termos: "Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se a juramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização. Parágrafo único. O disposto no caput não impede, quando necessária, a aplicação pelo Estado brasileiro do princípio da reciprocidade de tratamento."

Inicialmente, não podemos esquecer que grande parte dos provedores mundiais possuem sede nos Estados Unidos. Isso, sem dúvida, acaba por colocar tais companhias sob o manto jurisdicional americano. Não bastasse isso, recentemente, o espectro da jurisdição norte-americana sobre os dados de comunicação foi aumentado de forma drástica, em mais uma clara demonstração imperialista do Tio Sam. Com a promulgação do *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (mais conhecido por *Cloud Act*), no primeiro semestre do ano passado, os fornecedores de serviço de comunicação eletrônica ou de serviços de computação remota passaram a sujeitar-se à legislação ianque, independentemente de tal informação estar localizada dentro ou fora dos Estados Unidos⁶² ⁶³. A combinação destes dois fatores, inevitavelmente, culmina na multiplicação, de maneira exponencial, dos casos em que é necessário que o Governo brasileiro solicite auxílio judiciário ao Governo americano.

Por outro lado, a legislação norte-americana é crucial para o presente estudo pois uma das normas questionadas na ADC 51, o Decr. 3.810/2001, tem por base um tratado de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre os Governos brasileiro estadunidense. Entender as normas vigentes no direito interno do outro signatário ajuda, sem dúvida, a compreender limites que se colocam nos casos de assistência judiciária. Além disso, auxilia a iluminar os meandros nos quais se abrem

⁶² Neste sentido, o Cloud Act introduziu a seguinte redação ao 18 U.S. Code, § 2713 (Required preservation and disclosure of communications and records): “A provider of electronic communication service or remote computing service shall comply with the obligations of this chapter to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider’s possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States.”

⁶³ Poderia ser feita, aqui, por suposto, uma crítica ao imperialismo norte-americano, especialmente sob o prisma da jurisdição extraterritorial. Isto porque, conforme já tratado anteriormente, um Estado “A” não pode se rogar no direito de obter os dados de comunicação que estão armazenados em um Estado “B”. É necessário que se utilize da cooperação jurídica internacional para ter acesso aos dados, sob pena de ser ferida a soberania de “B”. Para uma visão da jurisdição extraterritorial norte-americana, ver: COLANGELO, Anthony J. What is extraterritorial jurisdiction? *Cornell Law Review*, Vol. 99:1303, p. 1303-1352, 2014.

exceções às próprias barreiras legais e que admitem, portanto, que o Estado brasileiro consiga os dados almejados.

Tendo em vista as razões explanadas, passaremos à análise das normas estadunidenses acerca da divulgação de dados de comunicações eletrônicas.

3.2.2 *CLOUD ACT E AS ALTERAÇÕES NO STORED COMMUNICATIONS ACT*

No início de 2018, foi promulgado pelo Governo estadunidense o *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (popularmente batizado como *Cloud Act*). Foram introduzidas, assim, substanciais modificações na legislação norte-americana que trata divulgação (voluntária ou obrigatória) de dados armazenados, comunicações eletrônicas e registros transnacionais por provedores provados de internet (*Stored Communications Act*, de 1986).

A referida norma foi introduzida no ordenamento jurídico americano tendo em vista, principalmente, a incapacidade de os Estados Unidos acessarem dados armazenados em outros países, em virtude de legislações estrangeiras⁶⁴. Justamente por isso, estabeleceram-se normas visando ao alargamento da jurisdicional. Passaram a estar sujeitos aos ditames legais da ex-colônia britânica, conforme já referido, fornecedores de serviço de comunicação eletrônica ou de serviços de computação remota, independentemente de tal informação estar localizada dentro ou fora dos Estados Unidos⁶⁵. Deste modo, dilataram-se as situações em que

⁶⁴ A lista completa de motivação para a promulgação do *Cloud Act* pode ser conferida na secção 2 da referida norma, disponível em <https://www.congress.gov/115/bills/hr4943/BILLS-115hr4943ih.pdf>. Acesso em 13/02/2019.

⁶⁵ Interessante notar que o mesmo movimento legislativo pode ser observado no direito europeu. Em 17 de abril de 2018, após um processo de preparação de dois anos, a Comissão Europeia apresentou duas propostas legislativas para melhorar a recolha transfronteiriça de provas eletrônicas: *i*) um regulamento relativo às ordens europeias de produção e conservação de provas eletrônicas em matéria penal (COM/2018/225 final - 2018/0108), e *ii*) uma diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal (COM/2018/226 final - 2018/0107). A semelhança com o *Cloud Act* encontra-se no fato de *as ordens permitirão às autoridades competentes de um Estado-Membro solicitar diretamente a um prestador de serviços estabelecido ou representado noutr*

o Governo americano pode exigir que dados de comunicação lhe sejam fornecidos (divulgação obrigatória).

Perceba-se que desta alteração decorrem duas consequências imediatas. A primeira é a (suposta) dispensabilidade de as autoridades norte-americanas socorrerem-se do auxílio de outra jurisdição caso a informação eletrônica esteja localizada fora de seu território. É claro que diante disso colocam-se fundadas dúvidas em relação aos princípios da territorialidade, da soberania e da igualdade entre Estados, porquanto tais normas não pode(ria)m ser afastadas por meio de uma regra estatal. Em segundo lugar, o (presumido) aumento da circunscrição jurisdicional pode fomentar que outras jurisdições solicitem auxílio americano, inclusive nos casos em que a prova não se encontra dentro área propriamente americana. Resultados esdrúxulos podem, então, despontar.⁶⁶

Embora a espinha dorsal do *Cloud Act* seja a divulgação compulsória às autoridades norte-americanas, focaremos na divulgação voluntária. O motivo é simples. A partir do momento em que o Estado brasileiro resolve não fazer uso dos mecanismos de cooperação jurídica internacional para obter uma prova sob jurisdição americana, por suposto que o seu pedido não será entregue à empresa pelo Governo americano. Exatamente por isso, a solicitação enviada ao provedor não gozará, à luz do direito americano, das mesmas prerrogativas que teria caso fosse entregue pelas mãos do Governo americano à corporação. Como corolário, tem-se que o requerimento enviado diretamente por uma autoridade brasileira a um provedor sob jurisdição norte-americana jamais estará sob o manto da divulgação obrigatória de dados. Impende, então, voltarmos nossos olhares ao outro tipo de divulgação: a voluntária.

Não obstante as mutações levadas a cabo pelo *Cloud Act*, a regra quanto à divulgação voluntária permanece a mesma: não revelação do

Estado-Membro o acesso ou conservação de dados electrónicos necessário para a investigação e repressão de crimes abrangidos pelo regulamento.

⁶⁶ Assim, por exemplo, caso um Estado “A” não consiga ter acesso aos dados de comunicação localizados em um Estado “B”, pode recorrer aos Estados Unidos. Estes, com base no *Cloud Act*, se encarregariam de atender ao pedido de “A” sem o uso de cooperação jurídica internacional com “B”. Tal conjuntura fomenta, desse modo, que manobras aos ditames do direito internacional sejam feitas por terceiros Estados (como “A”).

conteúdo das comunicações eletrônicas pelas operadoras⁶⁷. As exceções à regra, entretanto, não subsistem intactas. Foi acrescida mais uma nona hipótese aos casos em que é facultado a uma companhia divulgar dados eletrônicos.

Nos dias que correm, destarte, admite-se que um provedor divulgue voluntariamente o conteúdo de uma comunicação apenas em nove situações⁶⁸. São elas: *i*) ao destinatário ou ao suposto destinatário ou aos seus respectivos representantes legais; *ii*) mediante um mandado ou ordem judicial em conformidade com os ditames legais americanos elencados nas secções 2517, 2511 (2) (a), ou 2703; *iii*) com o expresso consentimento legal do emitente, do destinatário ou ao suposto destinatário ou, ainda, do assinante, nos casos de serviço de computação remota; *iv*) a uma pessoa empregada ou autorizada ou cujas instalações são utilizadas para encaminhar tal comunicação ao seu destino; *v*) caso a entrega seja necessária à prestação do serviço ou à proteção dos direitos ou propriedade do provedor desse serviço; *vi*) ao Centro Nacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas, em conexão com um relatório submetido sob a seção 2258A; *vii*) a órgão de aplicação da lei caso o conteúdo

⁶⁷ O § 2702 do U.S. Code, que trata da divulgação voluntária das comunicações ou registros de cliente, é claro: “(a) Prohibitions.—Except as provided in subsection (b) or (c): (1) a person or entity providing an electronic communication service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of a communication while in electronic storage by that service; and (2) a person or entity providing remote computing service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of any communication which is carried or maintained on that service— (A) on behalf of, and received by means of electronic transmission from (or created by means of computer processing of communications received by means of electronic transmission from), a subscriber or customer of such service; (B) solely for the purpose of providing storage or computer processing services to such subscriber or customer, if the provider is not authorized to access the contents of any such communications for purposes of providing any services other than storage or computer processing; and (3) a provider of remote computing service or electronic communication service to the public shall not knowingly divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by paragraph (1) or (2)) to any governmental entity.”

⁶⁸ U.S. Code § 2702. Voluntary disclosure of customer communications or records, (b) Exceptions for disclosure of communications. A provider described in subsection (a) may divulge the contents of a communication.

tenha sido inadvertidamente obtido pelo prestador de serviços e pareça pertencer à prática de um crime; *viii*) para uma entidade governamental, se o provedor, de boa fé, acreditar que uma emergência que envolva perigo de morte ou lesão física grave a qualquer pessoa exija a divulgação sem demora das comunicações relacionadas à emergência; *ix*) para um governo estrangeiro, desde que o pedido esteja em conformidade com a legislação estrangeira e tenha sido formulado em virtude de um acordo executivo sobre acesso a dados por governos estrangeiros.

Importa atentar, assim, que foi somente com o *Cloud Act* que se abriu a possibilidade de que dados de comunicação sejam desvelados voluntariamente a Governos estrangeiros. Mais. Para que eles sejam propalados é necessário o preenchimento de duplo requisito: conformidade da solicitação com as leis do país solicitante e existência de acordo executivo sobre acesso a dados entre EUA e o Estado solicitante.

4. PONDERAÇÕES CRÍTICAS

Como restou demonstrado até o presente momento, inexiste jurisdição brasileira sobre os dados de comunicação privada, tendo em vista que eles se encontram sob controle de provedores não sujeitos à lei brasileira, bem como não se localizam em território brasileiro. Ademais, não há, no direito norte-americano, hipótese que autorize autoridades brasileiras a efetuarem a requisição das informações diretamente ao provedor. Tais constatações nos levam, inevitavelmente, a inferir que, caso o Governo brasileiro objetive ter acesso aos diálogos armazenados em território americano e sob custódia de empresa americana, deve socorrer-se ao auxílio do Governo norte-americano. Caso não o faça, estará pondo em xeque princípios de direito internacional e que foram reconhecidos, também, a nível constitucional. Fala-se, em especial, do respeito à soberania alheia.

O conceito de soberania tem atraído atenção dos teóricos do Estado desde o século XVI, sendo um dos assuntos mais debatidos no universo jurídico. Após um preciso bosquejo histórico, Dalmo de Abreu Dallari expõe que tradicionalmente a expressão é concebida de duas maneiras distintas:

(...) como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia da norma jurídica.⁶⁹

É claro que ideia de poder absoluto e ilimitado tem, todavia, sofrido restrições desde o início do século passado⁷⁰. Nesse sentido, respeitáveis doutrinadores apontam limites no plano nacional (o Estado constitucional de direito) e no plano internacional (o *ius cogens*)⁷¹, aduzindo que a soberania, na sua acepção moderna, abrange também uma responsabilidade de proteção dos direitos humanos⁷². Assim sendo, os Estados são princípios soberanos e independentes dentro do seu próprio território (resguardados os limites acima expostos). Possuem, portanto, o direito de exercer a jurisdição dentro desse espaço, excluindo, em consequência, as demais jurisdições estatais. Todos os Estados são juridicamente iguais no plano internacional, gozando plenamente da soberania, e devendo respeito à personalidade, à integridade territorial e à independência política dos demais⁷³.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

⁷⁰ Neste sentido, ainda na primeira metade do século passado, Kelsen aduzia que “*Die Souveränitätsvorstellung freilich muss radikal verdrängt werden*”. KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts: Beiträge einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.B.C. Mohr, 1928, p. 320.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2^a Ed. COCCIOLO, Carlo; LAURIA FILHO, Márcio (Trad.); JANINI, Karina (Rev. Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.

⁷² MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4^a Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 394.

⁷³ Nesse sentido, a Resolução 2625 da Organização das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970. “*The principle of sovereign equality of states. All States enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of a economic, social, political or other nature. In particular, sovereign equality includes following elements: a) States are juridically equal; b) Each State enjoys the rights inherent in full sovereignty; c) Each State has the duty to respect the*

Nesta esteira, a República Federativa do Brasil, além de ter como fundamento a soberania (art. 1º, I da CRFB), é regida, em suas relações internacionais, por princípios que se relacionam com o respeito à soberania dos demais Estados. Entre eles, destacam-se, especialmente: autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados (art. 4º, III, IV, V da CRFB).

Precisamente por isso, não nos parece possível aceitar que as autoridades brasileiras, de alguma maneira, concretizem a pretensão de exercer poder jurisdicional sobre coisas e pessoas submetidas a outra jurisdição (no caso a americana). Admitir isso é permitir, em verdade, uma ingerência em território alheio, na medida em que, como adverte Pedro Caeiro, “o Estado territorial tem uma contra-pretensão legítima de proteção ao exercício de direitos no espaço sob a sua jurisdição, livre de coação por parte de outras entidades.”⁷⁴ E, em decorrência, tende a se instaurar uma forte tensão entre o acesso não mediado e o conceito territorial de jurisdição⁷⁵.

Por outro lado, preterir o acordo de auxílio firmado entre os Governos brasileiro e americano, adotando outras práticas (policiais e judiciais) para obter acesso, fora dos canais de cooperação, a dados controlados por empresas privadas sob jurisdição estrangeira, é, na verdade, descumprir o acordo e incitar desconfianças jurídicas. Não podemos esquecer que o acesso a dados estrangeiros fora dos procedimentos estabelecidos no MLAT existente – no caso entre Brasil e Estados Unidos, apenas aumenta a insegurança jurídica e a desconfiança nas relações entre as autoridades e do setor privado, assim como o público em geral.⁷⁶

personality of Other States; d) The territorial integrity and political independence of the State are inviolable; e) Each State has the rights freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems; f) Each State has the duty to comply fully and good faith with its international obligations and live in peace with other States.”

⁷⁴ CAEIRO, 2010, p. 356.

⁷⁵ CARRERA, Sergio; GONZÁLEZ FUSTER, Gloria; GUILD, Elspeth; MITSILEGAS, Valsamis. *Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights*. Brussels: Centre for European Policy Studies (CEPS), 2015, p.i.

⁷⁶ CARRERA; GONZÁLEZ FUSTER; GUILD; MITSILEGAS, 2015, p.ii.

Neste sentido, não nos parece plausível admitir que os procedimentos estipulados no próprio tratado não sejam seguidos, a ponto de admitir a comunicação direta entre autoridades brasileiras e empresas sob jurisdição estrangeira a fim de angariar dados de comunicação. Embora assista razão à parte da jurisprudência ao afirmar que a “desburocratização da colheita da prova”⁷⁷ é uma das finalidades fundamentais deste tipo de acordo, não nos parece que isso represente um autorizador para o trâmite previsto no MLAT seja desobedecido.

Este raciocínio parte de uma premissa que, ao nosso sentir, não se sustenta. O fato de existirem tratados de cooperação jurídica internacional que desburocratizam os trâmites não implica (e nem pode implicar) que os procedimentos desenhados nos próprios acordos possam ser inobservados, tanto sob uma ótica de direito internacional quanto nacional.

Partindo de uma perspectiva do direito internacional, diferentes são as razões que corroem este entendimento. A uma, pois constitui violação de obrigação estipulada em acordo internacional entre os Brasil e Estados Unidos. A duas, porque representa um desrespeito à soberania alheia. Lembremos, como já foi anteriormente trabalhado, que contratos como o MLAT surgem, antes de mais nada, para que os Estados tenham acesso a elementos que se encontram sob outra jurisdição sem macular a soberania de *outrem*. Precisamente por isso, quem atua na jurisdição do Requerido é ele próprio, e não o Requerente. A três, porquanto as normas e os atos de direito nacional possuem sua validade nas normas de direito internacional⁷⁸. O direito dos povos (direito internacional) constitui obrigação acima dos Estados ou de seus ordenamentos jurídicos⁷⁹. Assim, o ordenamento jurídico nacional (no plano interno e no plano externo) precisa estar em consonância com o disposto no ordenamento jurídico internacional.

Já sob um olhar do direito interno, os problemas colocam-se, em especial, numa vertente constitucional, que acaba, inevitavelmente, desembocando no processo penal. Admitir provas oriundas de outra

⁷⁷ MS 33.751, Relator: Edson Fachin, Primeira Turma do STF, DJe de 31.03.2016.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. 9^a Ed. NILVE, Moisés (Trad.). Buenos Aires: Eudeba, 1970, p. 218.

⁷⁹ KELSEN, 1928, p. 144.

jurisdição sem que tenham passado por filtros garantidores de um mínimo de credibilidade – como a autoridade central, por exemplo-, é abrir as portas para futuros problemas de admissibilidade e valoração probatória em processo penal.

Neste sentido, importa lembrar que a Carta Magna é a ordem geral objetiva do complexo das relações da vida⁸⁰, visto que um Estado de Direito tem como pressuposto “a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – como *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos”⁸¹. Desse modo, toda a autoridade dentro de um Estado democrático e de direito – como o brasileiro- encontra seu fundamento na lei suprema e fundamental (Constituição). É também, a “(...) única e superior vertente de validade de todas as normas, as quais somente têm existência plena se compatíveis e conformes ela”⁸². Em outros termos, a Constituição atua como um filtro ou medida de todas as normas, atos e comportamentos. Tudo que emana da autoridade pública precisa estar em harmonia (formal e material) com a pedra fundamental do sistema⁸³. Acima dos caprichos e das facilidades sugeridas pelo momento, os partícipes da vida constitucional estão obrigados a observarem a Constituição⁸⁴. Qualquer ato ou comportamento que inobserve garantias constitucionais deve ser eliminado do ordenamento jurídico. Tanto é assim que a violação de princípio constitucional, gera, no processo penal, nulidade absoluta⁸⁵ (impotência de o ato produzir efeitos jurídicos⁸⁶), vez

⁸⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. MENDES, Gilmar (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

⁸¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6^a Ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 360

⁸² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lé, 1991, p. 98. Em sentido similar, SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46; KELSEN, 1970. p. 143.

⁸³ CANOTILHO, 1993, p. 360

⁸⁴ HESSE, 1991, p. 22.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 439.

⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Vol. III. MELENDO, Santis (Trad.). Buenos Aires: Bosch, 1950, p.157.

que a obediência às regras do devido processo é requisito essencial para a correta prestação jurisdicional⁸⁷.

Ocorre que, a partir do momento em que o Estado brasileiro inobserva os mecanismos de cooperação jurídica internacional para angariar provas sob outra jurisdição, acaba por violar normas insculpidas na sua própria Constituição. Há uma clara afronta aos já referidos princípios da soberania (art. 1º da CRFB), da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, igualdade entre os Estados (art. 4º, III, IV, V da CRFB). Note-se que tal movimentação estatal, por trilhar caminhos à revelia das raias constitucionais, compromete não só atuação das autoridades, como também os frutos por ela gerados (dados de comunicação privada obtidos). Por suposto que seu uso dentro do processo penal é altamente questionável, vez que princípios diretamente relacionados com a ordem pública foram violados (pelo próprio Estado). Nesta linha, outra alternativa não resta, senão a aplicação, direta e imediata, da sanção prevista no inciso LVI do art. 5º da CRFB: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Igualmente, a proibição de valoração intrínseca a esta genuína proibição de prova encontra alicerce no art. 157 do Código de Processo Penal, consoante o qual “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*” (grifamos).

Portanto, a colheita de prova fora das balizas estipuladas no MLAT gera mais tumulto processual em virtude das afrontas à Constituição e das consequentes impossibilidades de uso e valoração, afastando-se, por ricochete, do preceito constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB). Ademais, não se pode esquecer que a celeridade e a economia processual não podem sobrepor-se à triagem imposta constitucionalmente⁸⁸. Até porque, sendo contestada a sua constitucionalidade, nem a agilidade, nem a economia serão reais.

Tendo em vista o cenário descrito, um acesso não mediado aos dados que se encontram sob jurisdição alheia não nos parece, por regra,

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

⁸⁸ ARAÚJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9 do STJ*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 97.

o caminho mais viável. Do contrário, corre-se sérios riscos de infringir normas de direito internacional extracontratuais (soberania) e contratuais (MLAT), assim como de direito constitucional (privacidade e proteção da dados, devido processo legal, duração razoável do processo).

5. PROPOSTAS

Diante das limitações à obtenção de dados de comunicação que se encontram sob outra jurisdição, pensamos que três caminhos se abrem. O primeiro, em verdade, já está aberto, bastando ser lapidado. Os outros dois, ao contrário, para existirem, precisam ser construídos.

A primeira forma de solucionar o impasse, ao que nos parece, seria aplicar o já existente MLAT entre os Governos brasileiro e norte-americano (Decr. 3.810/2001). Assim, bastaria que as autoridades brasileiras acionassem os dispositivos do acordo de cooperação jurídica internacional para acessar os dados de comunicação privada que se encontram sob jurisdição estadunidense. É claro que isto não exclui o possível aperfeiçoamento do tratado, adequando-o às particularidades inerentes aos dados eletronicamente colhidos.

O Governo brasileiro também poderia direcionar esforços para firmar um acordo executivo sobre o acesso a dados de comunicação eletrônica com o Governo ianque. Frente ao quadro legislativo desenhado pelos americanos, caso o Governo brasileiro tenha interesse de obter o conteúdo de comunicações armazenadas em provedores sob jurisdição americana, abriu-se um caminho mais célere: a celebração de tratado sobre o acesso a tais dados⁸⁹. Uma vez firmado o referido trato entre os

⁸⁹ No mesmo sentido que propomos aqui, a Comissão Europeia manifestou-se, em 5 de fevereiro do corrente ano: “The U.S has recently adopted a law – the U.S CLOUD ACT (23.03.2018)- which provides for a legal basis for the United States government to conclude agreements with foreign governments on access to data held by United States service providers and vice-versa. The Commission believes that an EU-US Agreement with the e-evidence proposals as the baseline could help settle any conflicting obligations for service providers and would allow them to deliver content data directly to law enforcement and judicial authorities in the EU or the United States, as the case may be.” Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-863_en.htm. Acesso em 20/03/2019.

dois países, uma requisição que preencha as exigências impostas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro já é suficiente para ter acesso legal aos dados. Evitar-se-iam eventuais problemas com terceiros (soberania norte-americana), assim como mitigaria possíveis problemas com o uso e a valoração dos dados fornecidos pelas companhias.

Plausível também não perder de vista um eventual acordo a nível regional/mundial sobre o acesso a dados de comunicação. À semelhança do que ocorreu com outros temas, em que diversos Estados debateram soluções em conjunto (crime organizado transnacional e Convenção de Palermo, tráfico ilícito de entorpecente, lavagem de dinheiro e Convenção de Viena, ...), talvez seja interessante dialogar sobre o assunto a nível regional/mundial. O acesso aos dados de comunicação eletrônica tem sido um tema atual e relevante não só para os países, como também para os próprios indivíduos. Especialmente na chamada “Era digital”.

Traçar, em conjunto com outros países, diretrizes a nível internacional poderia ser uma forma de trazer mais segurança jurídica aos Estados e a seus cidadãos. Criar, por exemplo, um instrumento de cooperação jurídica internacional direcionado especificamente para este tipo de demanda seria interessante. Por outro lado, talvez pudesse ser revistos os próprios fundamentos e limites da jurisdição estatal nos novos espaços virtuais... Interessante notar que, ainda que em um primeiro momento se pudesse pensar que esta última sugestão estivesse dentro de um espectro de uma imprevisibilidade previsível, como os cisnes negros de Nassim Taleb, já há movimentações reais neste sentido.

Embora o esforço nesta linha encontre-se em um nível regional (União Europeia) e ainda não tenha sido efetivamente aprovado, acreditamos ser válido trazê-lo como arquétipo. A Comissão Europeia apresentou, em 17 abril do ano passado, duas propostas legislativas para melhorar a recolha transfronteiriça de provas eletrônicas: *i*) um regulamento relativo às ordens europeias de produção e conservação de provas eletrônicas em matéria penal⁹⁰ e *ii*) uma diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal⁹¹. O revolucionário destas propostas é

⁹⁰ COM/2018/225 final - 2018/0108.

⁹¹ COM/2018/226 final - 2018/0107.

justamente permitir que as autoridades competentes de um Estado-Membro solicitem diretamente a um prestador de serviços estabelecido ou representado noutro Estado-Membro o acesso ou conservação de dados electrónicos necessário para a investigação e repressão de crimes abrangidos pelo regulamento. Possuem, assim, uma lógica contrária à anterior cooperação jurídica internacional em matéria penal, bem como oposta aos instrumentos existentes de reconhecimento mútuo⁹². Por outro lado, a diretiva traz a exigência de que os prestadores de serviços designem pelo menos um representante legal na União Europeia. Ambas abrangem os prestadores de serviços que operam num ou mais Estados-Membros, independentemente da localização da sede ou da informação armazenada, semelhante ao trazido pelo *Cloud Act*. Buscam, em suma, trazer clareza, segurança jurídica e celeridade ao processo de obtenção de provas eletrônicas.

Ademais, não se pode esquecer de que o regulamento proposto prevê salvaguardas dos direitos fundamentais e regras para soluções. Dispõe, igualmente, a possibilidade de o prestador de serviços solicitar uma revisão da encomenda recebida, por motivos definidos, tais como questões técnicas ou no caso de ordens que sejam manifestamente abusivas ou que violem a Carta dos Direitos Fundamentais. Embora possua este cariz protetivo dos direitos individuais, não está imune a críticas. Gialuz e Della Torre, por exemplo, ao analisarem o assunto, afirmam que a Comissão esta(ria) instaurando um regime desbalanceado em favor das exigências repressivas ao invés da tutela de direitos fundamentais⁹³.

⁹² BRODOWSKI, Dominik. Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 11/2018, p. 493-512, 2018, p. 502.

⁹³ GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. Lotta alla criminalità nel cyberspazio: La commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali. In *Diritto Penale Contemporaneo*. 5/2018, p. 291-294. Também neste sentido, a Câmara dos advogados da Alemanha (Bundesrechtsanwaltskammer) elaborou um parecer crítico sobre as propostas, contendo, especialmente, as seguintes críticas: a) Ausência de revisão judicial ou pelo menos oficial no Estado de execução; b) Nenhuma revisão e opções de recurso eficazes tendo em vista a inexistência de revisão relevante em termos de direitos fundamentais pelo provedor de serviços, assim como a limitação do direito de recurso da pessoa em causa; c) Proteção insuficiente de dados privilegiados; d) Amplitude nos campos de

Por suposto, não se pode perder de vista as peculiaridades do direito europeu e querer, de imediato, uma implementação a nível mundial nestes moldes. Temos que pensar que foram longos anos de integração e cooperação, até que surgisse o reconhecimento mútuo. Mais. Que até hoje existem significativas divergências entre os sistemas jurídicos integrantes da União Europeia e que sempre trazem a baila problemas elementares. Mas isso não significa que os Estados, em um nível mundial, não possam sentar e discutir o assunto. Ao que nos parece, a primeira luz sobre o assunto foi acesa...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No percurso realizado, foi possível constar que o espectro jurisdicional sobre os dados de comunicação privada eletrônicos está intimamente ligado com a nacionalidade do provedor de aplicação de internet. A determinação da naturalidade destas pessoas jurídicas, assim, acaba por desempenhar um papel primordial para saber se tais dados estão ou não dentro da esfera de jurisdição de determinado ente. Caso se encontrem fora desta circunscrição e haja interesse desta entidade estatal sobre eles, será necessário ativar os mecanismos de cooperação jurídica internacional, sob pena de ferir a soberania alheia.

Restou demonstrado, ao longo do trajeto, que o ordenamento jurídico brasileiro considera como nacionais as sociedades que, cumulativamente, possuem sede em território brasileiro e estejam organizadas conforme as leis brasileiras. O não preenchimento deste duplo requisito faz com que elas sejam reconhecidas como estrangeiras e, consequentemente, guardem relação de subordinação com o Estado no qual foram

aplicação, admitindo maior alcance especial e utilização não só para os crimes graves; e) Nenhuma diretriz limitadora dos dados solicitados; f) Desrespeito da *lei de países terceiros*. Bundesrechtsanwaltskammer, *Zum Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (COM[2018] 225 final vom 17. April 2018)*, Disponível em <<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2018/september/stellungnahme-der-brak-2018-28.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2019. Outras críticas também podem ser conferidas em BRODOWSKI, 2018, p. 504.

constituídas (art. 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). De igual modo, mesmo que esta empresa estrangeira venha a se instalar por meio de filial, agência ou estabelecimento, estará sujeita à lei brasileira apenas no que tange a seu funcionamento *aqui*. Fixa-se, então, apenas a competência da lei domiciliar, não havendo qualquer nacionalização da pessoa jurídica estrangeira. A constituição de uma filial aqui no Brasil faz com que apenas esta filial, que possui personalidade jurídica própria e distinta da sua matriz, esteja sob o véu da legislação brasileira. Não tem, de maneira alguma, o condão de arrastar para o manto legal nacional a matriz sob o aspecto da competência pessoal.

Da mesma sorte, não pode ser evocada qualquer competência territorial sobre os dados. Como é sabido, tendo em vista o paradigma Estado soberano/território/*ius puniedi*, o Estado pode dirigir livremente as suas prescrições a quem se encontra em seu território. No caso em comento, a sede localiza-se em outro território: o americano.

E aqui centra-se o busílis da ADC 51. Tendo em vista que os dados se encontram sob guarda da matriz, que continua sendo estrangeira e se encontra no estrangeiro, inexiste jurisdição brasileira sobre eles tanto sob o aspecto da competência pessoal como da territorial.

Ademais, não há, no direito norte-americano, hipótese que autorize autoridades brasileiras a efetuarem a requisição das informações diretamente ao provedor. Tais constatações nos levam, inevitavelmente, a inferir que, caso o Governo brasileiro objetive ter acesso aos diálogos armazenados em território americano e sob custódia de empresa americana, deve socorrer-se do auxílio do Governo norte-americano. Caso não o faça, estará pondo em xeque princípios como a soberania alheia e o da não-ingerência.

Por outro lado, preterir o acordo de auxílio firmado entre os Governos brasileiro e americano, adotando outras práticas (policiais e judiciais) para obter acesso, fora dos canais de cooperação, a dados controlados por empresas privadas sob jurisdição estrangeira, é, na verdade, descumprir o acordo e incitar desconfianças jurídicas. Não podemos esquecer que o acesso a dados estrangeiros fora dos procedimentos estabelecidos no MLAT existente – no caso entre Brasil e Estados Unidos, apenas aumenta a insegurança jurídica e a desconfiança nas relações entre as autoridades e do setor privado, assim como o público em geral.

Também abre as portas a futuros problemas de admissibilidade e valoração probatória em futuro processo penal, uma vez que estes dados oriundos de outra jurisdição, além de não terem passado por filtros que lhe garantam um mínimo de credibilidade (como a autoridade central), foram obtidos à revelia de princípios constitucionais.

Diante deste contexto, nos parecem plausíveis três rotas distintas. A primeira é seguir o disposto no já existente MLAT entre Brasil e Estados Unidos sempre que a empresa que controla os dados de comunicação for americana. Já em um segundo momento, o Governo brasileiro também poderia direcionar esforços para firmar um acordo executivo sobre o acesso a dados de comunicação eletrônica com o Governo ianque, e, com base nele e no *Cloud Act*, ter acesso direto aos dados sob jurisdição americana. Por fim, quem sabe procurar traçar, em conjunto com outros Estado, diretrizes que tragam mais segurança jurídica no deslinde do tema. Em um primeiro momento, poderia, por exemplo, ser criado na arena global um instrumento de cooperação jurídica internacional direcionado especificamente para as demandas que envolvam dados de comunicação eletrônica. Numa segunda etapa, quem sabe, talvez pudessem ser revistos os próprios fundamentos e limites da jurisdição estatal nos novos espaços virtuais... embora possa soar estranho, já há movimentações neste sentido, como a que vem ocorrendo na União Europeia.

Seja como for, o que não nos afigura viável diante do problema é cairmos na tentação de Giovanni Drogo, dormindo inocentemente diante dos novos problemas, sem tempo de voltar...⁹⁴

REFERÊNCIAS

ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a convenção de auxílio judiciário mútuo em matéria penal de 29 de Maio de 2000. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, A. 31, n. 124, p. 89-113, 2010.

⁹⁴ “A um certo momento batem às nossas costas um pesado portão, fecham-no numa velocidade fulminante e não há tempo de voltar. Mas Giovanni Drogo, naquele momento, dormia inocente e sorria no sono, como fazem as crianças.” BUZZATI, Dino. *O deserto dos tártares*. BERNARDINI, Aurora Fornoni; ANDRADE, Homero Freitas de (Trad.) Rio de Janeiro: Editora Rio Gráfica, 1986, p. 52.

AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika Maleen. Begriff der internationellen Rechtshilfe in Strafsachen. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrgs.). *Rechtshilferecht in Strafsachen*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2^a Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

ARAS. Vladimir. O Papel da Autoridade Central nos Acordos de Cooperação Penal Internacional. In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ARAÚJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9 do STJ*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010,

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de condenados. Execução de Sentença Penal Estrangeira. Novo Conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, p. 105-115, 1995.

AZPARREN, Agustín Lucas; GUTIERREZ, Ángeles Zarza; MOTA, José Luis Lopes da. *El espacio judicial europeo: cooperación judicial civil y penal: código de normas*. Madrid: Editorial Colex, 2004.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Vol II. Coimbra: Almedina, 2004.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2^a Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009.

BRODOWSKI, Dominik. Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. p. 493-512. 11/2018.

Bundesrechtsanwaltskammer, Zum Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (COM[2018] 225 final vom 17. April 2018. Disponível em <<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2018/september/stellungnahme-der-brak-2018-28.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BUZZATI, Dino. *O deserto dos táraros*. BERNARDINI, Aurora Fornoni; ANDRADE, Homero Freitas de (Trad). Rio de Janeiro: Editora Rio Gráfica, 1986.

CAEIRO, Pedro. Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos tribunais penais internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. *Direito Penal Económico e Europeu: doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CAEIRO, Pedro. *Fundamentos, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*: o caso português. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6^a Ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Vol. III. MELENDO, Santis (Trad.). Buenos Aires: Bosch, 1950.

CARRERA, Sergio; GONZÁLEZ FUSTER, Gloria; GUILD, Elspeth; MITSILEGAS, Valsamis. *Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights*. Brussels: Centre for European Policy Studies (CEPS), 2015.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195), volume 13. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford, 2003.

CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 5^a ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COLANGELO, Anthony J.. What is extraterritorial jurisdiction? *Cornell Law Review*, Vol. 99:1303, p. 1303-1352, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31^aed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. 2^a Ed. Coimbra: Almedina.

DECAUX, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 11^a ed. adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5^a ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2^a Ed. COCCIOLEI, Carlo; LAURIA FILHO, Márcio (Trad.); JANNINI, Karina (Rev. Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIREDO, José Miguel. A extradição activa na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. In: CAEIRO, Pedro (Coord.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015.

GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. Lotta alla criminalità nel cyberspazio: La commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali. *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 277-294, 5/2018.

GLESS, Sabine. *Internationales Strafrecht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-critica*. Coimbra: Almeidina, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. MENDES, Gilmar (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tubingen: J.B.C. Mohr, 1928.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. 9^a Ed. NILVE, Moisés (Trad.). Buenos Aires: Eudeba, 1970

LOPES JUNIOR, LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO, Jónatas E.M.. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4^a Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MARTINS, Teresa Alves. Um guia de auxílio judiciário mútuo em material penal. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. A. 32, n. 128, p. 321-355, out/dez 2011.

MEYER, Frank. Grundsstrukturen der Rechtshilfe in straflichen: Besonderheiten Schweiz. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrgs.). *Rechtshilferecht in Strafsachen*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

MORO, Sergio Fernando. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: Considerações Gerais. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

NEVES, A. Castanheira. *Sumário de processo criminal*. Coimbra: Dactilografado por João Abrantes, 1968.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2002.

PINTO, Lambertini. *Cartas Rogatórias: Estudo crítico e elucidário prático para a execução das rogatórias portuguezas no Brasil, Hespanha, França e Inglaterra*. Lisboa: Typographia e Stereotypia Moderna, 1898.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

RODAS, João Grandino. *Sociedade comercial e Estado*. Prefácio Fábio Konder Comparato. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal? *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ROUX, Jean-André. L'Entr'aide des États dans la lutte contre la criminalité. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 36, 1931.

SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit International public*. Bruylant: Bruxelles, 2001.

SCHUSTER, Frank Peter. *Verwertbarkeit im Ausland gewonner Beweise im deutschen Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação judiciária em material penal no seio da União Européia. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 86, Ano 21, p. 99-106, 2001.

SOARES, Boni de Moraes. Um réquiem ao velho juízo de deliberação: cognição no direito processual internacional brasileiro. In: RAMOS, André de carvalho; MEDEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

SOUZA, Caroline Yumi de. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Considerações Práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Vol.18, n. 71, p. 297-325, 2008.

TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.

TRAVERS, Maurice. Les effets internationaux des jugements répressifs. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 4, 1924.

TUMA JÚNIOR, Romeu. Autoridade central e o seu papel na cooperação jurídica internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2^a Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; COINCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 2. Éd. Bruxelles: Bruylant, 2004.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 06/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/04/2019
- Avaliação 1: 16/04/2019
- Avaliação 2: 24/04/2019
- Avaliação 3: 26/04/2019
- Avaliação 4: 30/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 14/05/2019
- Retorno rodada de correções: 22/05/2019
- Decisão editorial final: 28/05/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GONZATTI DA SILVA, Ana Paula. Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional: Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 659-702, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.238>



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional.